

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ARBITRAL DE**

**EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. – ETMA S.A.**

**Contra**

**EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**

**Bogotá D.C. Marzo de 2017**

## **LAUDO ARBITRAL**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre la **EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. – ETMA S.A.**, y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, previos los siguientes:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. EL CONTRATO<sup>1</sup>**

El día doce (12) de diciembre de dos mil tres (2003), la sociedad EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. mediante Contrato No. 447, otorgó en concesión no exclusiva a la sociedad EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. – ETMA S.A., la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros para la alimentación de la Zona Américas.

#### **2. EL PACTO ARBITRAL**

Se encuentra contenido en la cláusula ciento treinta y dos (132) denominada “*TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO*”, la cual señala:

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 101 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

*“Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:*

*132.1 El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la valoración del conflicto sea igual o superior a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En el caso en que el valor de estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentren por debajo de tal valor, se designará un único árbitro.*

*132.2 La designación del (los) árbitro (s) deberá realizarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se entienda agotada la etapa de conciliación. Si tal acuerdo no se lograra, las partes, recurrirán a la Cámara de Comercio de Bogotá para que sea ésta quien los designe.*

*132.3 Los árbitros decidirán en derecho.*

*132.4 El tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen, o reemplacen.*

*132.5 En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas al arbitramento.*

*132.6 El Tribunal sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de comercio de Bogotá, o en cualquier otro lugar que designen las partes por mutuo acuerdo.*

*132.7 Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento, serán cubiertos por la parte que resulte vencida”.*

### **3. PARTES PROCESALES**

#### **3.1. PARTE DEMANDANTE PRINCIPAL Y DEMANDADA EN RECONVENCIÓN**

Es la sociedad **EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. – ETMA S.A.**, con NIT. 830.132.151-1 y con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. Inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá según consta en el certificado de existencia y representación legal, el cual obra en los folios 40 a 42 del Cuaderno Principal No. 1 del expediente.

#### **3.2. PARTE DEMANDADA PRINCIPAL Y DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN**

Es la sociedad **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, con NIT. 830.063.506-6 y con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. Inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá según consta en el certificado de existencia y representación legal, el cual obra en los folios 43 a 45 del Cuaderno Principal No. 1 del expediente.

### **4. ETAPA INICIAL**

4.1. Con el cumplimiento de los requisitos formales y mediante apoderado, el veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014), la sociedad EMPRESA DE

TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. - ETMA S.A. presentó demanda arbitral contra la sociedad EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.<sup>2</sup>, con base en el contrato celebrado y en desarrollo de la cláusula compromisoria pactada en el mismo.

- 4.2. El veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014) tuvo lugar la audiencia de designación de árbitros<sup>3</sup>, en la cual estando las partes presentes, se nombró a PATRICIA MIER BARROS, CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ y ANTONIO PABÓN SANTANDER.
- 4.3. Una vez notificada la designación, aceptaron oportunamente el nombramiento<sup>4</sup>.
- 4.4. En audiencia llevada a cabo el veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015) mediante Auto No. 1<sup>5</sup>, con la presencia del apoderado de la parte demandante y el apoderado de la parte demandada, se declaró legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento, se inadmitió la demanda, concediendo el término de cinco días para su subsanación, la cual fue presentada el día veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015).
- 4.5. Mediante Auto de fecha trece (13) de febrero de dos mil quince (2015)<sup>6</sup>, habiéndose subsanado en debida forma y dentro de la oportunidad procesal, se admitió la demanda y se ordenó correr traslado de la misma a la parte demandada, al Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

---

<sup>2</sup> Folios 1 a 37 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>3</sup> Folio 99 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>4</sup> Folios 114 a 118 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>5</sup> Folios 192 y 194 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>6</sup> Folios 206 a 209 del Cuaderno Principal No. 1

- 4.6. El día veinte (20) de febrero de dos mil quince (2015), se notificó el auto admisorio de la demanda a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado<sup>7</sup>.
- 4.7. El día veinticinco (25) de febrero de dos mil quince (2015), se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda al Agente del Ministerio Público<sup>8</sup>, y a la sociedad TRANSMILENIO S.A.<sup>9</sup>
- 4.8. Dentro del término de traslado de la demanda, la sociedad demandada, por intermedio de su apoderado, se opuso a las pretensiones, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y presentó demanda de reconvención<sup>10</sup>.
- 4.9. Mediante Auto de fecha quince (15) de mayo de dos mil quince (2015), el Tribunal inadmitió la demanda de reconvención por no cumplir con el requisito exigido por el artículo 206 del Código General del Proceso.<sup>11</sup>
- 4.10. El día veinticinco (25) de mayo de dos mil quince (2015), el apoderado de la parte demandada presentó memorial de subsanación de la demanda de reconvención.<sup>12</sup>
- 4.11. Mediante Auto No. 6 del veintidós (22) de junio de dos mil quince (2015), el Tribunal admitió la demanda de reconvención presentada, corrió traslado de

---

<sup>7</sup> Folio 217 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>8</sup> Folios 234 y 235 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>9</sup> Folios 237 y 238 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>10</sup> Folios 239 a 394 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>11</sup> Folios 398 a 401 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>12</sup> Folios 407 a 410 del Cuaderno Principal No. 1

la misma a ETMA S.A., y negó la solicitud de vinculación de terceros solicitada por el apoderado de TRANSMILENIO S.A.<sup>13</sup>

- 4.12. El día veintitrés (23) de julio de dos mil quince (2015), de manera oportuna el apoderado de ETMA. S.A., contestó la demanda de reconvención, propuso excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio.<sup>14</sup>
- 4.13. El día veintisiete (27) de julio de dos mil quince (2015), por secretaría, se corrió traslado conjunto a los apoderados de las partes, de la contestación de la demanda y de la demanda de reconvención, por un término de cinco (05) días.<sup>15</sup>
- 4.14. El día treinta y uno (31) de julio de dos mil quince (2015), el apoderado de TRANSMILENIO S.A., oportunamente describió el traslado de las excepciones de mérito presentadas en la contestación de la demanda de reconvención.<sup>16</sup>
- 4.15. Vencido el término de traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda principal, el apoderado de ETMA S.A. guardó silencio.
- 4.16. De igual manera, transcurrió el término previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, para que las partes aportaran o solicitaran pruebas relacionadas con las objeciones al juramento estimatorio formuladas tanto en la contestación de la demanda principal como en la demanda de reconvención. Término durante el cual se pronunció el apoderado de TRANSMILENIO S.A. y el apoderado de ETMA S.A. guardó silencio.

---

<sup>13</sup> Folios 411 a 414 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>14</sup> Folios 418 a 462 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>15</sup> Folios 463 a 465 del Cuaderno Principal No. 1.

<sup>16</sup> Folios 476 y 477 del Cuaderno Principal No. 1.

- 4.17. El día dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015), la doctora PATRICIA MIER BARROS presentó renuncia formal a su cargo como árbitro invocando una causal de impedimento para conocer las controversias sometidas a consideración y juicio de este Tribunal.<sup>17</sup>
- 4.18. En virtud de lo anterior, por secretaría se remitió el expediente al Director de la Cámara de Comercio de Bogotá para que efectuara el trámite de integración del Tribunal Arbitral conforme lo indicado en los numerales 2 y 5 del artículo 14 de ley 1563 de 2012.<sup>18</sup>
- 4.19. El día siete (07) de septiembre de dos mil quince (2015), fue designado de mutuo acuerdo por las partes, el doctor ANTONIO ALJURE SALAME como árbitro en la presente controversia.<sup>19</sup>
- 4.20. Una vez aceptada la designación por el doctor Aljure, se dio cumplimiento al término del deber de información previsto en el artículo 15 del Estatuto Arbitral, el cual venció el día veintidós (22) de septiembre de dos mil quince (2015) sin pronunciamiento alguno de las partes.
- 4.21. Se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación el día veintiuno (21) de octubre de dos mil quince (2015), pero la misma fue aplazada debido a que el veinte (20) de octubre del mismo año, el apoderado de ETMA S.A., presentó reforma a la demanda arbitral.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Folio 477 Cuaderno Principal No. 1.

<sup>18</sup> Folio 478 del Cuaderno Principal No. 1.

<sup>19</sup> Folio 488 del Cuaderno Principal No. 1.

<sup>20</sup> Folios 500 a 503 del Cuaderno Principal No. 1.



- 4.22. El día diez (10) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante Auto No. 10 el Tribunal resolvió admitir la reforma a la demanda principal<sup>21</sup>.
- 4.23. El día veintiocho (28) de noviembre de dos mil quince (2015), el apoderado de TRANSMILENIO S.A. contestó oportunamente la reforma de la demanda, propuso excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio.<sup>22</sup>
- 4.24. Mediante Auto No. 11 del nueve (09) de diciembre de dos mil quince (2015), el Tribunal corrió traslado a ETMA S.A. de la contestación a la reforma de la demanda y de la objeción al juramento estimatorio.<sup>23</sup>
- 4.25. El día veintiuno (21) de diciembre de dos mil quince (2015), el apoderado de ETMA S.A. describió el traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio.<sup>24</sup>
- 4.26. Se fijó como fecha para realizar la audiencia de conciliación el día veintidós (22) de enero de dos mil dieciséis (2016).<sup>25</sup>
- 4.27. El día veintidós (22) de enero de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de TRANSMILENIO S.A., presentó reforma a la demanda de reconvención<sup>26</sup>, por lo que la audiencia de conciliación fue aplazada.
- 4.28. El día veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016), mediante Auto No. 14, el Tribunal admitió la reforma a la demanda de reconvención<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Folios 575 y 576 del Cuaderno Principal No. 1.

<sup>22</sup> Folios 1 a 114 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>23</sup> Folios 115 y 116 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>24</sup> Folios 120 a 135 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>25</sup> Folios 136 y 137 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>26</sup> Folios 142 a 210 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>27</sup> Folios 216 a 217 del Cuaderno Principal No. 2.

- 4.29. El día quince (15) de febrero de dos mil dieciséis (2016), de manera oportuna el apoderado de ETMA S.A., contestó la reforma a la demanda de reconvención, proponiendo excepciones de mérito y objetando el juramento estimatorio.<sup>28</sup>
- 4.30. Mediante Auto No. 15 del diecisiete (17) de febrero de dos mil dieciséis (2016), el Tribunal corrió traslado a TRANSMILENIO S.A. de la contestación a la reforma de la demanda de reconvención y del juramento estimatorio presentado. Así mismo, fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación el día dos (02) de marzo del presente año.<sup>29</sup>
- 4.31. El día veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), de manera oportuna, el apoderado de TRANSMILENIO S.A. descorrió el traslado de la contestación a la reforma de la demanda de reconvención y de la objeción al juramento estimatorio.<sup>30</sup>
- 4.32. El día primero (01) de marzo de dos mil dieciséis (2016), mediante memorial conjunto, los apoderados de las partes presentaron solicitud de aplazamiento de la audiencia de conciliación pues se encontraban realizando acercamientos para plantear una fórmula de arreglo.<sup>31</sup>
- 4.33. Mediante auto No. 16 del primero (01) de marzo de dos mil dieciséis (2016), el Tribunal aplazó la audiencia de conciliación conforme a la solicitud de las partes y la reprogramó para el día cuatro (04) de abril de dos mil dieciséis (2016).<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Folios 221 a 274 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>29</sup> Folios 275 a 277 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>30</sup> Folios 281 a 291 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>31</sup> Folio 295 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>32</sup> Folio 296 del Cuaderno Principal No. 2.

- 4.34. El día cuatro (04) de abril de dos mil dieciséis (2016), se dio inicio a la audiencia de conciliación pero la misma fue suspendida por solicitud de los apoderados de las partes, quienes solicitaron un tiempo adicional para seguir evaluando un posible acuerdo conciliatorio.<sup>33</sup>
- 4.35. El día seis (06) de mayo de dos mil dieciséis (2016) se dio continuación a la audiencia de conciliación pero la misma fue suspendida por solicitud de los apoderados de las partes.<sup>34</sup>
- 4.36. El día veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016), se reanudó la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida. A continuación se fijaron las sumas de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal, las cuales fueron consignadas en su totalidad por ETMA S.A.<sup>35</sup>

## **II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE**

### **1. LOS HECHOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA PRINCIPAL**

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones **ETMA S.A.** demandante principal, se compendian de la siguiente manera:

1. En el mes de octubre de dos mil tres (2003), TRANSMILENIO S.A. convocó a licitación pública para la entrega de la concesión no exclusiva de la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo del Sistema Transmilenio sobre las zonas de alimentación del sistema, otorgándosele al concesionario el permiso de operación para la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá D.C. y su área de influencia.

---

<sup>33</sup> Folios 305 a 310 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>34</sup> Folios 311 a 316 del Cuaderno Principal No. 2

<sup>35</sup> Folios 330 a 339 del Cuaderno Principal No. 2.

2. En desarrollo de la licitación pública, el consorcio ETMA asociado bajo la promesa de constitución de sociedad futura, presentó propuesta incondicional e irrevocable para operar como alimentador en las seis zonas licitadas, esto es, Zona Sur, Zona Américas, Zona Usme, Zona Suba, Zona Calle 80 y Zona Norte.
3. Mediante Resolución del 5 de diciembre de 2003, TRANSMILENIO S.A. adjudicó al Consorcio ETMA la concesión para la explotación de la zona de alimentación Zona Américas.
4. La Zona Américas está asociada a la operación de la Troncal de las Américas.
5. Junto con ETMA, otros cinco proponentes resultaron adjudicatarios para la explotación de la concesión en otras zonas de alimentación del sistema de Transmilenio.
6. El día 9 de noviembre de 2003, conforme lo exigido en pliego de condiciones, se constituyó la sociedad ETMA S.A.
7. El día 12 de diciembre de 2003, ETMA S.A. y TRANSMILENIO S.A. suscribieron el contrato de concesión No. 447 de 2003, para la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo del Sistema Transmilenio en Bogotá D.C. para la alimentación de la Zona Américas.
8. De conformidad con la cláusula 112 SEGURO SOBRE LOS VEHÍCULOS del Contrato de Concesión, ETMA S.A. tramitó y mantuvo vigentes las respectivas pólizas de seguros sobre la flota con la cual ejecutaba el contrato.
  - Las referidas pólizas de seguro, durante la toda la vigencia del contrato de concesión fueron tramitadas por ETMA S.A. cumpliendo todos los requisitos exigidos por el Contrato de concesión y por TRANSMILENIO S.A.

- Las pólizas de seguro siempre tuvieron como único y exclusivo beneficiario a ETMA S.A.
  - Durante la ejecución del contrato, en atención a lo previsto por la cláusula 111 del mismo, TRANSMILENIO S.A. nunca presentó observación, ni inconformidad alguna respecto de las pólizas de seguro, por lo que no improbo ninguna de las pólizas por estar inadecuadamente expedidas en cuanto a su asegurado o beneficiario.
9. Según la cláusula 3 del contrato de concesión, éste es un contrato estatal por lo que está sometido a las normas que rigen los contratos celebrados con entidades públicas, entre ellas, la ley 80 de 1993.
10. Conforme lo previsto en la cláusula 113 del contrato, el plazo de la concesión otorgada venció el día 17 de febrero de 2014, por lo que dio lugar a la terminación de la etapa de ejecución del contrato y a que las partes iniciaran las gestiones para dar trámite a su liquidación.
11. Al momento de liquidar el contrato de concesión, TRANSMILENIO S.A. solicitó a ETMA S.A. transferirle la flota que utilizaba para la ejecución del contrato de concesión, bajo el argumento de que debían revertirse los bienes afectos a la concesión.
- Lo anterior fue expresamente ordenado por TRANSMILENIO S.A. en comunicados: 2014EE1295 y 2014EE2065.
12. Frente a lo anterior, en varias oportunidades ETMA S.A. informó a TRANSMILENIO S.A. que no era procedente la reversión por diferentes circunstancias.

- Durante varias reuniones ETMA S.A. dijo no estar de acuerdo con la reversión y que la misma no era procedente bajo el contrato de concesión.
- TRANSMILENIO S.A., en estas reuniones, indicó que la decisión de revertir la flota era irrevocable.
- Quien para la época era el gerente de TRANSMILENIO S.A., ofreció fórmulas jurídicas para que en caso de que un juez fallara en su contra con respecto a la reversión, se pudiera trasladar a ETMA S.A. los beneficios recibidos por la convocada en la explotación de la flota.
- Las propuestas de TRANSMILENIO S.A. nunca llegaron a estructurarse.
- En el comunicado A07159, ETMA S.A. señaló algunos de los argumentos por los cuales no procede aplicar la reversión.
- En este comunicado, ETMA S.A. señaló las siguientes argumentos:
  - (i) La reversión no estaba pactada en el contrato de concesión.
  - (ii) En el artículo 34 del Contrato de Concesión en relación con la flota existente al momento de terminar el contrato, no se estableció la obligación de revertirlos a TRANSMILENIO S.A. y mucho menos a título gratuito.
  - (iii) Dentro del contrato de concesión se estableció pacto en torno a la flota existente, en el que diáfamanamente se dijo que la flota podía ser transada por ETMA S.A. siempre y cuando se hiciera mediante venta a otros alimentadores del Sistema de Bogotá.

- (iv) TRANSMILENIO S.A. no tiene la posibilidad de utilizar los vehículos en la prestación del servicio, de conformidad con la norma vigente.
  - (v) Si TRANSMILENIO S.A. pretendía que la flota fuera transferida debía proceder a pagar la respectiva indemnización a ETMA S.A., de lo contrario se estaría realizando un procedimiento expropiatorio, el cual está proscrito en la ley colombiana.
- En las reuniones que se llevaron a cabo con TRANSMILENIO S.A. para preparar la terminación de la etapa operativa del contrato, ETMA S.A. dejó expresa constancia verbal respecto de su desacuerdo con la reversión de la flota.
  - ETMA S.A., dejando claro lo anterior y afirmando que se reservaba todos los derechos necesarios para efectos de demandar por la vía necesaria su indemnización, entregó la respectiva flota a TRANSMILENIO S.A., acatando su instrucción.
- 13.El día 8 de marzo de 2014, ETMA S.A. dio cumplimiento a la instrucción de TRANSMILENIO S.A. de transferir la flota existente al momento de la terminación del plazo de ejecución del contrato de concesión.
- 14.El día 22 de agosto de 2014, las partes suscribieron el acta de liquidación bilateral del contrato de concesión, dejándose mención expresa al desacuerdo por parte de ETMA S.A. en lo que se refiere a la reversión.
- 15.En el acta de liquidación se evidencia que ETMA S.A. cumplió a cabalidad el contrato de concesión.

16. Luego de la reversión:

- TRANSMILENIO S.A. realizó dos avalúos a los vehículos entregados. Uno para determinar el valor de la flota y otro para determinar el valor por el cual podía explotarlos económicamente mediante contratos de arrendamiento. Con base en estos avalúos la convocada tomó la decisión de arrendar o enajenar la flota a terceros.
- TRANSMILENIO S.A. ha celebrado varios contratos de arrendamiento o comodato sobre los mencionados vehículos, obteniendo beneficios económicos de estos.
- TRANSMILENIO S.A. ha puesto en marcha diferentes planes para enajenar a terceros toda o parte de la flota.

## **2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE PRINCIPAL**

Las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda arbitral son las siguientes:

### **"1. PRINCIPALES**

*PRIMERA: Que se declare que no existió ni existe obligación a cargo de ETMA y a favor de Transmilenio, respecto de revertir la Flota de 107 vehículos automotores de propiedad de ETMA (la "Flota") existente al momento de haber terminado el Contrato de Concesión No. 447 de 2003 (en adelante el "Contrato de Concesión" o "Contrato").*

*SEGUNDA: Que se declare que bajo el Contrato de Concesión no era procedente la reversión de la Flota que existía al momento de terminar dicho Contrato de Concesión.*



TERCERA: Que se declare que Transmilenio incumplió el Contrato de Concesión al instruir a ETMA a que revirtiera la Flota que existía al momento de terminar el Contrato de Concesión.

CUARTA: Que se declare que Transmilenio al haberse hecho propietario de la Flota incurrió en una actuación jurídica que le causó perjuicios patrimoniales y antijurídicos a ETMA.

QUINTA: Que se declare que como consecuencia de la actuación antijurídica de Transmilenio que causó el incumplimiento del Contrato de Concesión, se generaron perjuicios patrimoniales antijurídicos a ETMA.

SEXTA: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a Transmilenio a indemnizar integralmente los perjuicios antijurídicos que causó a ETMA.

SÉPTIMA: Que se condene a Transmilenio a indemnizar y pagar a ETMA por concepto de daño emergente una suma de hasta DOCE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$12.366.182.632) o aquella que resulte probada, correspondiente al valor de la Flota.

OCTAVA: Que sobre las sumas de condena se ordene el pago de intereses corrientes a la tasa comercial de colocación de créditos a doce meses, desde la época que se debieron pagar y hasta la fecha del laudo.

- PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA OCTAVA:  
Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor debidamente

*actualizado con la corrección monetaria más el interés legal del 6% anual, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*

- **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA OCTAVA:**  
*Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor debidamente actualizado y a los intereses que el Tribunal considere pertinentes, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*
- **TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA OCTAVA:**  
*Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor debidamente actualizado, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*

**NOVENA:** *Que ordene el pago de intereses moratorios sobre las sumas de condena desde la fecha del laudo y hasta su pago efectivo.*

**DÉCIMA:** *Que ordene a Transmilenio el pago de las costas del proceso y las agencias en derecho.*

## **2. PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

*En el evento de que no sean de recibo las anteriores pretensiones principales declarativas y de condena, propongo las siguientes:*

PRIMERA: Que se declare que bajo el Contrato de Concesión no era procedente la reversión de la Flota que existía al momento de terminar dicho Contrato de Concesión.

SEGUNDA: Que se declare que Transmilenio al haberse hecho propietario de la Flota incurrió en una actuación antijurídica que le causó perjuicios patrimoniales antijurídicos a ETMA.

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a Transmilenio a indemnizar integralmente los perjuicios antijurídicos que causó a ETMA.

CUARTA: Que se condene a Transmilenio a indemnizar y pagar a ETMA por concepto de daño emergente una suma de hasta DOCE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$12.366.182.632) o aquella que resulte probada, correspondiente al valor de la Flota.

QUINTA: Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar intereses corrientes a la tasa comercial de colocación de créditos a doce meses, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.

- PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA QUINTA:  
Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor debidamente actualizado con la corrección monetaria más el interés legal del 6% anual, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.

- SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA QUINTA:  
*Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor debidamente actualizado y a los intereses que el Tribunal considere pertinentes, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*
- TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA QUINTA:  
*Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor debidamente actualizado con la corrección monetaria, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*

SEXTA: *Que ordene el pago de intereses moratorios sobre las sumas de condena desde la fecha del laudo y hasta su pago efectivo.*

SÉPTIMA: *Que ordene a Transmilenio el pago de las costas del proceso y las agencias en derecho.*

### **3. SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

*En el evento de que no sean de recibo las anteriores pretensiones principales y las anteriores pretensiones subsidiarias, declarativas y de condena, propongo las siguientes:*

PRIMERA: *Que se declare que bajo el Contrato de Concesión no era procedente la reversión de la Flota que existía al momento de terminar dicho Contrato de Concesión.*

SEGUNDA: *Que se declare que Transmilenio tenía la obligación de*

*respetar los derechos que tenía ETMA de disfrutar sin perturbación alguna de los derechos que el Contrato de Concesión le confería (Cláusula 6.7 del Contrato de Concesión y/o cualquier otra aplicable).*

TERCERA: *Que se declare que Transmilenio al haber exigido a ETMA revertir la Flota incumplió el Contrato de Concesión, causándole a ETMA un perjuicio antijurídico.*

CUARTA: *Que como consecuencia de lo anterior, se condene a Transmilenio a indemnizar integralmente los perjuicios antijurídicos que causó a ETMA.*

QUINTA: *Que se condene a Transmilenio a indemnizar y pagar a ETMA por concepto de daño emergente una suma de hasta DOCE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$12.366.182.632) o aquella que resulte probada, correspondiente al valor de la Flota.*

SEXTA: *Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar intereses corrientes a la tasa comercial de colocación de créditos a doce meses, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*

- PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXTA: *Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor debidamente actualizado con la corrección monetaria más el interés legal del 6% anual, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*

- SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXTA:  
*Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor actualizado y a los intereses que el Tribunal considere pertinentes, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*
- TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXTA: *Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor debidamente actualizado con la corrección monetaria, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*

SÉPTIMA: *Que ordene el pago de intereses moratorios sobre las sumas de condena desde la fecha del laudo y hasta su pago efectivo.*

OCTAVA: *Que ordene a Transmilenio el pago de las costas del proceso y las agencias en derecho.*

#### **4. TERCER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

*En el evento de que no sean de recibo las anteriores pretensiones principales y las anteriores pretensiones subsidiarias, declarativas y de condena, propongo las siguientes:*

PRIMERA: *Que se declare que bajo el Contrato de Concesión no era procedente la reversión de la Flota que existía al momento de terminar dicho Contrato de Concesión.*

SEGUNDA: *Que se declare que por lo anterior, la instrucción que*

*Transmilenio impartió a ETMA mediante comunicados 2014EE1295 del 28-01-2014 y 2014EE2065 del 10-02-2014 de revertirle la Flota que existía al momento de terminación del plazo de ejecución del Contrato de Concesión no tenía fundamento legal ni contractual.*

TERCERA: *Que se declare que ETMA sufrió un perjuicio antijurídico al haber sido instruido por Transmilenio a revertirle la Flota.*

CUARTA: *Que se declare que Transmilenio incurrió en responsabilidad al haber causado un perjuicio antijurídico a ETMA.*

QUINTA: *Que como consecuencia de lo anterior, se condene a Transmilenio a indemnizar integralmente los perjuicios antijurídicos que causó a ETMA.*

SEXTA: *Que se condene a Transmilenio a indemnizar y pagar a ETMA por concepto de daño emergente una suma de hasta DOCE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$12.366.182.632) o aquella que resulte probada, correspondiente al valor de la Flota.*

SÉPTIMA: *Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar intereses corrientes a la tasa comercial de colocación de créditos a doce meses, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*

- PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA:  
*Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor debidamente*

*actualizado con la corrección monetaria más el interés legal del 6% anual, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*

- **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA:**  
*Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor actualizado y a los intereses que el Tribunal considere pertinentes, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*
- **TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA:**  
*Que sobre la suma establecida como daño emergente se condene a Transmilenio a pagar dicho valor debidamente actualizado con la corrección monetaria, desde la fecha en que se realizó la entrega de la Flota por parte de ETMA a Transmilenio y hasta la fecha del laudo.*

**OCTAVA:** *Que ordene el pago de intereses moratorios sobre las sumas de condena desde la fecha del laudo y hasta su pago efectivo.*

**NOVENA:** *Que ordene a Transmilenio el pago de las costas del proceso y las agencias en derecho.*

#### **5. CUARTO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

*En el evento de que no sean de recibo las anteriores pretensiones principales y las anteriores pretensiones subsidiarias, declarativas y de condena, propongo las siguientes:*



PRIMERA: Que se declare que bajo el Contrato de Concesión no era procedente la reversión de la Flota que existía al momento de terminar dicho Contrato de Concesión.

SEGUNDA: Que se declare que ETMA sufrió un perjuicio antijurídico al haber transferido a Transmilenio la Flota que existía al momento de la terminación del Contrato de Concesión.

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a Transmilenio a indemnizar integralmente los perjuicios antijurídicos que causó a ETMA.

CUARTA: Que ordene el pago de intereses moratorios sobre las sumas de condena desde la fecha del laudo y hasta su pago efectivo.

QUINTA: Que ordene a Transmilenio el pago de las costas del proceso y las agencias en derecho."

### **3. LA OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA FRENTE A LA DEMANDA PRINCIPAL**

En el escrito presentado el veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015) por parte de la sociedad TRANSMILENIO S.A., se dio contestación a la reforma de la demanda, y se aceptaron como ciertos los hechos: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 8.1, 8.2, 8.3, 9, 10, 11, 11.1, 12, 12.1, 12.2, 12.5, 12.6, 12.7, 16.1, 16.3.

Frente al hecho 13 se afirmó que es cierto, pero aclarando que la entrega o reversión de la flota no es producto del proceso liquidatorio y no es determinante en el presente caso; en lo que se refiere al hecho 14, señaló que es cierto pero que no existió reversión forzada; y en cuanto al hecho 16.2 contestó que no es cierto que TRANSMILENIO S.A. haya instruido a ETMA S.A. para que realizara la reversión sino que fue una decisión unilateral de dicho concesionario.

Dijo no saber a qué ofrecimientos se refiere la parte demandante en los hechos numerados como 12.3 y 12.4, ni donde constan estos, pues lo que vincula a las partes es el acta de liquidación.

Finalmente, se negaron los hechos que en ella se numeraron como 12.8 y 15.

TRANSMILENIO S.A. se opuso a todas las pretensiones de la reforma de la demanda proponiendo las excepciones de "9.1. NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN", "9.2. CLAUSULA DE REVERSIÓN Y SU PROCEDENCIA", "9.3. SUJETO CALIFICADO", "9.4. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL", "9.5. DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO", "9.6. PAGO DE LOS BIENES REVERTIDOS", "9.7. PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO CON LOS BIENES REVERTIDOS", "9.8. HECHO PROPIO", "9.9. IMPROCEDENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR POR MANDATO JUDICIAL", "9.10. INEPTA DEMANDA", "9.11. AUSENCIA DE CONDUCTA CONTRACTUAL DE TRANSMILENIO", "9.12. CULPA EXCLUSIVA DE ETMA S.A." y "9.13. EXPOSICIÓN IMPRUDENTE AL DAÑO".

#### **4. LOS HECHOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones **TRANSMILENIO S.A.** demandante en reconvención, se compendian de la siguiente manera:

1. El 2 de octubre de 2003, TRANSMILENIO S.A. convocó a licitación pública con el objeto de otorgar en concesión la explotación del servicio público de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros del Sistema Transmilenio sobre las zonas de alimentación del sistema.
2. En desarrollo de dicho proceso de selección, el 5 de diciembre de 2003, fue adjudicado el contrato de concesión a la sociedad ETMA S.A. de acuerdo a lo pactado en el objeto del mismo.
3. El 18 de febrero de 2004 las partes firmaron el acta de inicio del contrato de concesión, dejando constancia de que se surtieron todos los trámites de perfeccionamiento y legalización consagrados en la ley 80 de 1993.
4. Durante la ejecución del contrato fueron suscritos los siguientes Otrosíes:
  - Otrosí No. 1 suscrito el 18 de diciembre de 2003
  - Otrosí No. 2 suscrito el 26 de diciembre de 2003
  - Otrosí No. 3 suscrito el 30 de diciembre de 2003
  - Otrosí No. 4 suscrito el 9 de enero de 2004
  - Situación de excepción: Ante la entrada en operación de la troncal de las Américas, de manera excepcional, se debió iniciar la operación en forma previa a la establecida en la cláusula 92. Por lo tanto, desde el 18 de febrero de 2004 ETMA S.A. prestó el servicio en situación de excepción, con buses que no cumplían la tipología contractual por un término de 6 meses.
  - Otrosí No. 6 suscrito el 18 de agosto de 2004
  - Otrosí No. 7 suscrito el 17 de septiembre de 2004
  - Otrosí No. 8 suscrito el 15 de abril de 2008
  - Otrosí No. 9

5. Con la suscripción del Otrosí No. 8, el 15 de octubre de 2008, se eliminó del contrato el pago por kilómetro al concesionario y, en su lugar, se realizó una remuneración sobre el valor indicativo por pasajero, por lo que luego de la suscripción de este Otrosí los valores pagados incluyen la modificación; sin embargo, en ambas modalidades de remuneración se incluía el pago de la inversión de la flota.

6. En el Otrosí No. 9 las partes establecieron lo siguiente:

Durante la vigencia del contrato, en junio de 2009, la Dirección de Operaciones solicitó a la Dirección de Planeación de Transporte una evaluación financiera, la cual se realizó para el aumento de 17 buses para la operación de nuevas rutas o ampliación de cobertura, debido al constante crecimiento del sistema.

Se concluyó que teniendo en cuenta la demanda registrada en el último semestre de las rutas alimentadores, era necesario aumentar la flota en 20 buses.

En razón de lo anterior, la Dirección de Planeación en julio de 2009 concluyó que era necesario incrementar el pago por pasajero en \$134.71 pesos por los 20 buses para mejorar el servicio, y de \$4.144.90 para los kilómetros recorridos en la operación de nuevas rutas y ampliación de cobertura.

7. En el estudio de viabilidad financiera mencionado en el Otrosí No. 9, la Dirección de Planeación estableció lo siguiente: I). Respecto de los buses para la mejora del servicio, el esquema de remuneración hace referencia al pago mensual que se hace al operador para reconocer la inversión de capital y el costo del mismo en el tiempo. II). En cuanto a los buses para rutas nuevas en la zona Américas, se relacionaron los costos de operación de cada uno de los buses a vincular y la

fórmula de promedio ponderado del costo de capital. Así, se remuneró el capital vinculado, requerido para la compra de la flota.

8. En el Otrosí No. 9, de forma clara y expresa se establece que la entidad tuvo en cuenta el costo de los buses y el costo de operación y mantenimiento de los mismos para el cálculo de la remuneración de los buses para la mejora del servicio, así como para la flota de buses destinados a rutas nuevas. Mediante lo anterior, se adecuaron las modalidades de remuneración al concesionario para que este no solo tuviera el retorno total de la inversión del vehículo y su mantenimiento, sino que también tuviera una tasa interna de retorno que se materializara en la utilidad esperada por el concesionario.

Las diferentes modalidades de remuneración fueron calculadas con fundamento en los costos directos e indirectos de los buses y su mantenimiento, para que el concesionario recuperara la totalidad de la inversión de los 37 buses. Es por esto, que en el Otrosí No. 9 se manifiesta que una de las finalidades para la adecuación de la remuneración es el reconocimiento total de la inversión realizada por el concesionario en la adquisición y mantenimiento de los buses, por lo que los mismos se encuentran pagos en su totalidad y, de llegarse a negar la reversión, estaríamos ante un claro desequilibrio económico del contrato o, en su defecto, obligando a la entidad a incurrir en detrimento patrimonial.

9. Como materialización de lo anterior, el día 4 de octubre de 2010, luego de que el concesionario procediera a acreditar la compra de los 37 buses que componían el mejoramiento de la flota y el precio que pagó por estos, las partes procedieron a suscribir el Acta de Ajuste de Tarifa, en donde se determinó el costo total de los buses en un valor de \$10.054.568.102 pesos y se procedió a ajustar la remuneración del concesionario conforme al valor real pagado por éste en la adquisición de la flota de buses.

10. La totalidad de la flota de buses, incluyendo los 37 buses incorporados mediante el Otrosí No. 9, fueron cancelados por TRANSMILENIO S.A., como se desprende de la constancia de valor real y el reajuste realizado.
11. El concesionario, tal como obra en sus estados financieros, recibió una TIR por fuera de los costos directos de la flota: 8,49% de la inversión total del contrato, lo que se traduce en una remuneración por fuera de la inversión del concesionario, la cual, a partir del Otrosí No. 9, fue entre 16,22% y 18,30%. En consecuencia, de negarse la pretensión de reversión, se le reconocería al concesionario una TIR que no corresponde a la realidad del negocio ni del mercado, y que desborda cualquier proyección financiera en este tipo de contratos, llevando a un enriquecimiento desbordado por parte de ETMA S.A. y, por lo tanto, un inminente detrimento patrimonial.
12. El valor de salvamento no existe en el presente contrato, toda vez que la flota de 37 buses fue depreciada y pagada en su totalidad durante la ejecución del contrato, por lo que no existe saldo a favor del concesionario. Debe tenerse en cuenta que el beneficio total de la depreciación fue a favor del concesionario porque el mismo no tuvo que reinvertir el valor depreciado de la flota de buses.
13. La flota básica referente al contrato de concesión correspondió inicialmente a 66 vehículos de 80 pasajeros, con los que operaron 12 rutas.
14. Para la finalización del contrato, ETMA S.A. estaba realizando la operación con 111 buses de la flota referente y 4 buses de reserva; todos marca MERCEDES BENZ y propiedad del concesionario, salvo algunos de propiedad de Leasing de Occidente S.A., y algunos de Expreso Bogotano S.A.

15. Se relacionaron los pagos realizados a favor del concesionario durante la ejecución del contrato, los cuales incluían la inversión realizada en la flota, dando un total de \$197.966.473.502.
16. Según el modelo financiero y tarifario pactado, del valor relacionado anteriormente se tiene un componente fijo de 33,2%, en el cual se incluye administración, depreciación, seguros y remuneración (Cláusula 94). Realizando un análisis simplemente teórico, partiendo de los costos fijos de 33,2%, se observa que: 18,2% corresponde a la depreciación, 10% a la remuneración y 5% a la administración; aclarando que el 10% es teórico pues TRANSMILENIO S.A. no garantizaba ninguna rentabilidad al inversionista. Estos componentes corresponden a la tendencia en el sector y al WACC del mismo.
17. El día 08 de marzo de 2014, el concesionario, en virtud de sus obligaciones contractuales, procedió a revertir la flota de 107 buses, y el 22 de agosto de 2014 procedió a celebrar el acta de liquidación. Se relacionaron los buses revertidos, y también su utilización o destinación hasta el momento.
18. Para la fecha de la liquidación, no había sido posible perfeccionar la tradición de dominio de la totalidad de los buses, lo que se constituye en un incumplimiento contractual por parte del concesionario, lo que deja sin fundamento la supuesta coerción para lograr la restitución. Algunos de estos vehículos presentaban limitaciones a la propiedad que restringían su destinación o con deudas por comparendos que no permitían realizar la transferencia de propiedad, concretándose así el incumplimiento de ETMA S.A., en la obligación de reversión.
19. El concesionario, a pesar de no estar de acuerdo con la reversión, hizo entrega a la Dirección Administrativa de TRANSMILENIO S.A. de muebles y enseres en calidad de bienes revertidos.

## 5. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN

Las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda de reconvención son las siguientes:

*“Con base en los hechos expuestos, respetuosamente solicito a los señores Árbitros que efectúen las siguientes o similares declaraciones y condenas en contra de ETMA S.A.:*

### 6.1. PRETENSIONES PRINCIPALES

#### 6.1.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS

**PRIMERA.** *Que se declare que la cláusula de reversión hace parte del Contrato de Concesión No. 447 de 2003, y en consecuencia, se entiende incorporada dentro del clausulado del contrato.*

**SEGUNDA.** *Que se declare que ETMA S.A. demandada en reconvención incumplió el contrato, en especial la cláusula de reversión – que hace parte de la esencia - al entregar el 8 de Marzo de 2014 parte de la flota de buses con gravámenes y con irregularidades que impiden su traspaso a TRANSMILENIO S.A., conforme a lo descrito en el hecho DECIMONOVENO de la presente demanda de reconvención.*

**TERCERA.** *Que se declare que ETMA S.A. demandada en reconvención está obligada a reconocer y a pagar a TRANSMILENIO S.A. demandante en Reconvención las costas del proceso, las cuales deberán incluir los costos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, los honorarios de los señores Árbitros y del secretario, así como los de los auxiliares de la justicia, y las agencias en derecho.*



### **6.1.2. PRETENSIONES DE CONDENA**

*Que como consecuencia de la declaratoria de cualquiera de las pretensiones declarativas anteriores, se proceda a efectuar las siguientes condenas en contra de ETMA S.A. demandada en reconvención y en favor de TRANSMILENIO S.A. demandante en reconvención.*

**CUARTA.** *Que se condene a ETMA S.A. demandada en reconvención a ejecutar la obligación de hacer, correspondiente a sanear todos los gravámenes e irregularidades que existen sobre la flota de buses sujeta a reversión o subsidiariamente a pagar el valor de reposición de los mismos.*

**QUINTA.** *Que como consecuencia de la condena anterior, se condene a ETMA S.A. demandada en reconvención a ejecutar la obligación de hacer, correspondiente a traditar la propiedad de los bienes objeto de reversión y que a la fecha de presentación de la demanda no se han podido revertir en debida forma por que (sic) se encontraba con gravámenes o irregularidades o subsidiariamente a pagar el valor de reposición de los mismos.*

**SEXTA.** *Que se condene a ETMA S.A. demandada en reconvención a pagar a TRANSMILENIO S.A. demandante en reconvención las costas del proceso, las cuales deberán incluir los costos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, los honorarios de los señores Árbitros y del secretario, así como los de los auxiliares de la justicia, y las agencias en derecho, además de todo gasto procesal que resulte probado.*

## **6.2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

*En caso de no prosperar las pretensiones principales formuladas en los numerales anteriores, respetuosamente solicitamos a Tribunal conceder las siguientes pretensiones subsidiarias:*

### **6.2.1. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DECLARATIVAS**

**PRIMERA.** *Que se declare que en la remuneración recibida por ETMA S.A. se incluía el pago de la flota y demás bienes vinculados a la Concesión.*

**SEGUNDA.** *Que se declare que al no pactar la reversión de los bienes vinculados a la concesión, incluida la flota de buses, se desequilibró el contrato en contra de TRANSMILENIO S.A., y se dio en consecuencia un pago doble frente a la misma prestación.*

**TERCERA.** *Que se declare que ETMA S.A. demandada en reconvención está obligada a reconocer y a pagar a TRANSMILENIO S.A., la suma que dicha entidad pagó por la flota de buses y demás activos vinculados a la concesión, más los intereses moratorios, desde la fecha de pago por parte de TRANSMILENIO hasta la fecha de reembolso por parte de ETMA S.A. o subsidiariamente se declare que ETMA S.A. está obligada a reembolsar dicha suma debidamente actualizada.*

**CUARTA.** *Que se declare que ETMA S.A. demandada en reconvención está obligada a reconocer y a pagar a TRANSMILENIO S.A. demandante en Reconvención las costas del proceso, las cuales deberán incluir los costos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, los honorarios de los señores Árbitros y del secretario, así como los de los auxiliares de la justicia, y las agencias en derecho.*

### **6.2.2. PRETENSIONES DE CONDENA**

*Que como consecuencia de la declaratoria de cualquiera de las pretensiones declarativas anteriores, se proceda a efectuar las siguientes condenas en contra de ETMA S.A. demandada en reconvención y en favor de TRANSMILENIO S.A. demandante en reconvención.*

**SEXTA.** *Que se condene a ETMA S.A. demandada en reconvención a pagar la suma equivalente al valor pagado por TRANSMILENIO S.A. durante la vigencia del contrato como pago de los activos vinculados al contrato, incluida la flota, más los intereses moratorios comerciales a la tasa máxima, o subsidiariamente se condene a reembolsar dicha suma debidamente actualizada, cifra que se traduce en TREINTA Y SEIS MIL VEINTINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS (\$36.029.898.177,00) o la cifra mayor o menor que se logre probar en el proceso.*

**SEPTIMA.** *Que se condene a ETMA S.A. demandada en reconvención a pagar a TRANSMILENIO S.A. demandante en reconvención intereses comerciales sobre las condenas señaladas, desde la fecha del laudo hasta la fecha de su pago efectivo.*

**OCTAVA.** *Que se condene a ETMA S.A. demandada en reconvención a pagar a TRANSMILENIO S.A. demandante en reconvención las costas del proceso, las cuales deberán incluir los costos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, los honorarios de los señores Árbitros y del secretario, así como los de los auxiliares de la justicia, y las agencias en derecho, además de todo gasto procesal que resulte probado.”*

## **6. LA OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA EN RECONVENCIÓN**

En el escrito presentado el quince (15) de febrero de dos mil dieciséis (2016) por parte de la sociedad ETMA S.A., por el cual se dio contestación a la reforma de la demanda de reconvención, y se aceptaron como ciertos los hechos enumerados: PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, parte (iii) del hecho QUINTO, parte (v) del hecho QUINTO, parte (vi) del hecho QUINTO, parte (vii) del hecho QUINTO, parte (viii) del hecho QUINTO, parte (ix) del hecho QUINTO, parte (x) del hecho QUINTO, SÉPTIMO, DÉCIMOSÉPTIMO, DÉCIMOCTAVO, DÉCIMONOVENO, VIGÉSIMO, VIGÉSIMO PRIMERO, VIGÉSIMO SEGUNDO, VIGÉSIMO TERCERO y VIGÉSIMO NOVENO.

Fueron considerados parcialmente cierto: la parte (i) del hecho QUINTO y el hecho OCTAVO.

Frente al hecho CUARTO, afirmó que, si bien es cierto lo citado en el mismo, la importancia respecto de las disposiciones contractuales deberá ser estimada por el Tribunal de manera sistemática. En cuanto a las partes (ii) y (iv) del hecho QUINTO, señaló que son ciertas considerando lo expresado como parcialmente cierto en la parte (i) del hecho QUINTO. Del hecho SEXTO dijo que, aunque la fórmula de remuneración incluía el costo del dinero invertido en la concesión, esto no implicaba que la flota pasara a ser propiedad de TRANSMILENIO S.A., ni que se tuviera que revertir la misma.

Respecto de los hechos DÉCIMO y UNDÉCIMO señaló que son ciertos, pero no se puede confundir el pago de la remuneración de un concesionario con el pago del precio de un bien. En cuanto al hecho VIGÉSIMO CUARTO, afirmó que es cierto que en los pagos realizados se incluía la remuneración del capital invertido, pero no así el pago de la flota que implicara la reversión. En relación al hecho VIGÉSIMO

SEXTO, es cierto que los bienes fueron incorporados al sistema, pero no que los mismos hayan sido pagados, como si se tratara de una compraventa.

De la parte (i) del hecho VIGÉSIMO SÉPTIMO, dijo ser cierto que esos vehículos fueron objeto de reversión, pero no es cierto que la reversión se diera con base en las obligaciones contractuales de ETMA S.A. Frente a la parte (ii) del hecho VIGÉSIMO SÉPTIMO, afirmó que es su contraparte quien puede indicar el estado actual de la flota y probar qué utilización se le ha dado. Afirmó que la parte (iii) del hecho VIGÉSIMO SÉPTIMO es una combinación de hechos y conjeturas del demandante en reconvención.

Respecto de la parte (iv) del hecho VIGÉSIMO SÉPTIMO, aseveró que la dificultad en algunos de los traspasos se debió a factores no imputables a ETMA S.A., y los explicó. De la parte (v) del hecho VIGÉSIMO SÉPTIMO, dijo que se trata de una cita de lo incluido en el acta de liquidación del contrato y que, en todo caso, no es cierto que ETMA S.A. haya incumplido obligación alguna.

Finalmente, se negaron los hechos relacionados como NOVENO, DUODÉCIMO, DECIMOTERCERO, DECIMOCUARTO, DECIMOQUINTO, DECIMOSEXTO, VIGÉSIMO QUINTO y VIGÉSIMO OCTAVO.

ETMA S.A. se opuso a todas las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención, proponiendo las excepciones de: “4.1. *Inepta demanda*”, “4.2. *Inexistencia total de la obligación de reversión*”, “4.3. *Inexistencia de la obligación de reversión respecto de la flota*”, “4.4. *Causa extraña*” y “4.5. *Ausencia de salvedades / Cosa juzgada / Transacción*”.

### III. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO

1. El dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016) tuvo lugar la primera

audiencia de trámite en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer del litigio puesto a su conocimiento<sup>36</sup>. La audiencia se suspendió y se continuó el día cuatro (04) de agosto de dos mil dieciséis (2016) en la cual, mediante Autos No. 24 y No. 25, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes<sup>37</sup>.

2. El día once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de la parte convocante presentó el cuestionario que debía ser rendido por el apoderado de TRANSMILENIO S.A.<sup>38</sup>, al cual se opuso el apoderado de la convocada<sup>39</sup>.
3. El día diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016), se posesionó la perito financiera, MARCELA GÓMEZ CLARK, el Tribunal aceptó el desistimiento de las declaraciones de los testigos ERNESTO CADENA y VICTOR RAÚL MARTÍNEZ y accedió parcialmente a la solicitud formulada por el apoderado de la parte convocada en lo que respecta a la calificación del cuestionario presentado por ETMA S.A.<sup>40</sup>
4. El veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciséis (2016), se recibió testimonio de los señores EDUARDO GIRALDO MEJÍA y DIEGO DE JESÚS RODRÍGUEZ ROJAS.<sup>41</sup>
5. El día treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016), se recibió testimonio de AMPARO ALVIS PEDREROS y MARIO ENRIQUE GÓMEZ FERNÁNDEZ.<sup>42</sup>
6. El día dos (02) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de

---

<sup>36</sup> Folios 346 a 362 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>37</sup> Folios 364 a 380 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>38</sup> Folios 397 a 399 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>39</sup> Folios 428 a 435 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>40</sup> Folios 441 a 454 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>41</sup> Folios 476 a 483 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>42</sup> Folios 484 a 490 del Cuaderno Principal No. 2.

TRANSMILENIO S.A. remitió informe de certificación sobre el estado de ingresos relacionados con la flota revertida<sup>43</sup>. Del mismo se corrió el traslado de ley a la convocante, quien no se pronunció al respecto.

7. El día siete (07) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), se recibió declaración del perito de parte HUGO ERNEY ACHURY RINCÓN; y se aceptó el desistimiento de los testimonios de ANDRÉS FORERO y FERNANDO SANCLEMENTE.<sup>44</sup>
8. El día nueve (09) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de TRANSMILENIO S.A. aportó los documentos que serían objeto de exhibición.<sup>45</sup>
9. El día catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de ETMA S.A. radicó memorial mediante el cual solicitó medida cautelar innominada de inspección judicial o allanamiento, a efectos de proteger las pruebas documentales en poder de TRANSMILENIO S.A, y realizó otras peticiones<sup>46</sup>. De este memorial se corrió traslado a la convocada, quien lo recorrió de manera oportuna y realizó varias solicitudes<sup>47</sup>. Las peticiones presentadas por los apoderados fueron estudiadas por el Tribunal y mediante Auto No. 37 resolvió al respecto, fijando fecha para llevar a cabo la exhibición de documentos a cargo de TRANSMILENIO S.A., negando la solicitud de medida cautelar y decretando una prueba documental de oficio (folios 155 a 162 del Cuaderno de Pruebas No. 8), entre otros.<sup>48</sup>
10. El día trece (13) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de

---

<sup>43</sup> Folios 7 a 9 del Cuaderno de Pruebas No. 8.

<sup>44</sup> Folios 509 a 517 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>45</sup> Folios 10 a 162 del Cuaderno de Pruebas No. 8.

<sup>46</sup> Folios 527 a 540 del Cuaderno Principal No. 2.

<sup>47</sup> Folios 25 a 39 del Cuaderno Principal No. 3.

<sup>48</sup> Folios 48 a 57 del Cuaderno Principal No. 3.

TRANSMILENIO S.A. radicó memorial mediante el cual su representante legal respondió el cuestionario que fue calificado por el Tribunal en Auto No. 29<sup>49</sup>. El memorial fue puesto en conocimiento de la convocante, quien guardó silencio.

11. El día catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), la convocada allegó memorial por el cual rindió informe juramentado del que trata el artículo 195 de Código General del Proceso (2016), ordenado por el Tribunal mediante Auto No. 24<sup>50</sup>. El informe fue puesto en conocimiento de la convocante, quien no se pronunció al respecto.
12. El dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciséis (2016), dentro del término ordenado por el Tribunal, la perito financiera MARCELA GÓMEZ CLARK, presentó la experticia que le fue encomendada.<sup>51</sup> Del dictamen, se corrió el traslado de ley a las partes, TRANSMILENIO S.A. solicitó aclaración y complementación, la cual fue oportunamente atendida<sup>52</sup> y puesta en conocimiento de las partes.
13. El día nueve (09) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), se recibió declaración del testigo CARLOS ALFONSO GARCÓN SABOYÁ y declaración de parte del representante legal de ETMA S.A., RAÚL ENRIQUE SEGURA ESCOBAR. Así mismo, se aceptó el desistimiento del testimonio de ANDRÉS VELASCO ROJAS.<sup>53</sup>
14. El día dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), tuvo lugar la exhibición de documentos a cargo de cada una de las partes.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Folios 163 a 166 del Cuaderno de Pruebas No. 8.

<sup>50</sup> Folios 167 a 170 del Cuaderno de Pruebas No. 8.

<sup>51</sup> Folios 171 a 197 del Cuaderno de Pruebas No. 8.

<sup>52</sup> Folios 221 a 234 del Cuaderno de Pruebas No. 8.

<sup>53</sup> Folios 41 a 46 del Cuaderno de Pruebas No. 3.

<sup>54</sup> Folios 63 a 67 del Cuaderno Principal No. 3. Los documentos aportados el día de la audiencia constan en folio 198 a 211 del Cuaderno de Pruebas No. 8.



15. El diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de ETMA S.A. radicó memorial por el cual, previa solicitud del Tribunal, relacionó los datos de los procesos donde obra medida cautelar sobre los vehículos que no han podido ser objeto de tradición<sup>55</sup>; también solicitó decretar de oficio pruebas documentales, por lo que mediante auto del veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), el Tribunal ordenó remitir oficios con destino a los juzgados relacionados en el memorial y decretó la prueba documental de oficio, ordenando su incorporación al expediente<sup>56</sup>.
16. El día veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de TRANSMILENIO S.A. radicó memorial informando que no fue posible encontrar el concepto emitido por la Subgerencia Financiera de la convocada. El memorial fue puesto en conocimiento de la convocante, quien no se pronunció.
17. El día cinco (05) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el juzgado treinta y seis penal municipal de garantías, respondió al oficio No. 2<sup>57</sup>. El mismo día se recibió también respuesta al oficio No. 2 del juzgado treinta y ocho penal municipal con funciones de conocimiento, solicitando mayor información<sup>58</sup>. Estas comunicaciones fueron puestas en conocimiento de las partes, quienes no se pronunciaron al respecto.
18. El día primero (01) de febrero de dos mil diecisiete (2017), el Tribunal declaró satisfecho el objeto de la prueba relacionada con los oficios No. 2 y No. 3, declaró concluida la práctica de la exhibición del concepto de la subgerencia financiera por parte de TRANSMILENIO S.A. y declaró concluida la etapa

---

<sup>55</sup> Folios 71 a 73 del Cuaderno Principal No. 3.

<sup>56</sup> Folios 74 a 79 del Cuaderno Principal No. 3. La prueba documental ordenada de oficio consta en folios 212 a 218 del Cuaderno de Pruebas No. 8.

<sup>57</sup> Folios 219 y 220 del Cuaderno de Pruebas No. 8.

<sup>58</sup> Folio 84 del Cuaderno Principal No. 3.

probatoria.<sup>59</sup>

Así pues, el trámite del proceso se desarrolló en treinta y un (31) sesiones, sin incluir la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron todas las pruebas decretadas salvo las que fueron desistidas.

#### **IV. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LAS PARTES**

Las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el Art. 33 de la Ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia realizada para el efecto; así también lo hizo la representante del Ministerio Público, de acuerdo a lo señalado por el Art. 49 de la Ley 1563 de 2012. En ella, hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de las intervenciones por ellos llevadas a cabo y los cuales son parte integrante del expediente<sup>60</sup>.

#### **V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuradora en representación del Ministerio Público manifestó, en síntesis en su concepto en lo que se refiere a la reversión, que es claro que la misma siempre se entenderá pactada para contratos de concesión de bienes públicos, y que si bien la Sentencia C-250 de 1996 analiza el artículo 19 de la ley 80 de 1993, lo hace en relación con los contratos de concesión de bienes, pero existe también concesión de obra pública y de servicios públicos, y el contrato que aquí se estudia justamente se refiere a uno de éstos últimos. Agrega que cada uno de estos tipos de concesiones tiene particularidades específicas y que, realizando un análisis sistemático de la norma y de la jurisprudencia, la reversión solo debería incluirse por mandato legal en los contratos estatales que tengan por objeto la explotación y

---

<sup>59</sup> Folios 96 a 101 del Cuaderno Principal No. 3.

<sup>60</sup> Folios 202 a 343 del Cuaderno Principal No. 3 de Expediente.

concesión de bienes públicos y esto en la medida que se entiende que el contratista logró el retorno de la inversión que dispuso para la ejecución del contrato.

*Señala: “De tal forma que resulta improcedente las entidades públicas (sic), al momento de finalizar el contrato adopten interpretaciones novedosas que se aparten de lo inicialmente pactado y de lo específicamente pactado en el contrato”.*

Sobre este punto, concluye que al no existir una disposición legal que establezca que el contrato de concesión de transporte público tiene implícita la reversión, o qué la misma debe pactarse de forma obligatoria, ello solo puede aplicarse cuando así se haya pactado por las partes, lo que no ocurrió en el contrato de concesión No. 447 de 2003.

Respecto de la buena fe, manifestó que esta es objetiva, y por lo tanto en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, lo que en verdad cuenta, son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de la función social y económica del contrato.

*Afirma: “...es por ello que, además ante la inconformidad con el clausulado contractual en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su cocontratante”*

Concluye en este aspecto, que al entregar ETMA la flota de alimentadores, efectivamente sufrió un daño o lesión a su patrimonio por cuanto dejó de recibir la suma de dinero que podría obtener producto de la venta; sin embargo, considera que ello no obedece a un incumplimiento contractual de la entidad demandada, por lo cual esta no tiene responsabilidad.

## VI. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalan el término para la duración del trámite arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que deberá proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición. En consonancia con lo anterior, el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 establece que al término del proceso "*se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales*".

En el presente caso, la primera audiencia de trámite tuvo lugar el día dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016), habiendo finalizado el cuatro (04) de agosto de dos mil dieciséis (2016), lo que significa que la providencia que aclare, corrija o adicione el laudo arbitral, debe proferirse dentro del periodo comprendido desde el cuatro (04) de agosto de dos mil dieciséis (2016) hasta el cuatro (04) de febrero de dos mil diecisiete (2017); debiéndose adicionar los días que a continuación se señalan, por haber operado la suspensión.

Las suspensiones del proceso, se surtieron mediante solicitud conjunta de las partes y fueron aceptadas por el Tribunal, habiéndose suspendido en el año dos mil dieciséis (2016), entre los días cinco (05) de agosto a dieciocho (18) de agosto ambas fechas inclusive, veinte (20) de agosto a veintisiete (27) de agosto ambas fechas inclusive, primero (01) de septiembre a seis (06) de septiembre ambas fechas inclusive, trece (13) de septiembre a once (11) de octubre ambas fechas inclusive, trece (13) de octubre a treinta y uno (31) de octubre ambas fechas inclusive, diez (10) de noviembre a quince (15) de noviembre ambas fechas inclusive y veintitrés (23) de noviembre a treinta (30) de diciembre ambas fechas inclusive. De esta forma, por días de suspensión se suman al término de duración del proceso, 120 días calendario.

Se tiene entonces que a los seis meses de duración del proceso, se adicionan 120 días calendario, de manera que el término vence el cuatro (04) de junio de dos mil diecisiete (2017), motivo por el cual el Tribunal se encuentra en término para fallar.

## **VII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **1. LA EXCEPCIÓN DE INEPTITUD DE LA DEMANDA**

Teniendo en cuenta que Transmilenio, al contestar la demanda formuló una excepción de carácter procesal que de prosperar impediría al Tribunal abordar el estudio del fondo de la controversia, se procederá inicialmente, como corresponde, a estudiar esas alegaciones de defensa sin perjuicio de que si ellas no prosperen, el Tribunal aborde en capítulos posteriores el estudio de todas aquellas excepciones de fondo propuestas por la demandada.

Sostiene el apoderado de la convocada que la demanda no tiene vocación de prosperidad, por cuanto la pretensión indemnizatoria del demandante es claramente improcedente y por cuanto *"brilla por su ausencia"* dentro del capítulo de pretensiones de la convocatoria, la solicitud de entrega material de los buses, limitándose las pretensiones a una solicitud de reparación económica. Agrega adicionalmente que en la medida en que la reversión no consta en un acto administrativo, la misma fue una decisión de ETMA y por ende estaríamos ante un pago de lo no debido, que constituye un tema extracontractual, que quedaría por fuera de la cláusula arbitral que da jurisdicción y competencia a este Tribunal.

El numeral quinto del artículo 100 del Código General del Proceso, prevé la ineptitud de la demanda como excepción previa y la hace consistir en la falta de los requisitos formales o la indebida acumulación de pretensiones. Se trata de un medio exceptivo de carácter puramente procesal que además de no haber sido alegado como recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda - pues se reitera, su

sentido se encamina a que los defectos formales de la demanda se subsanen – no aparece demostrado, pues si se observan las alegaciones en él contenidas, en su gran mayoría se refieren a una improcedencia sustancial de las pretensiones por cuanto para el demandado hay lugar a la reversión.

Tampoco encuentra el Tribunal que exista un error en el petitum de la demanda que configure una indebida acumulación de pretensiones, pues si se observa lo deprecado, con ello se busca una declaratoria de responsabilidad contractual, con la consecuente indemnización de perjuicios, sin que sea necesario que en este tipo de procesos el demandante tenga obligatoriamente que pedir la devolución de los bienes que por el supuesto incumplimiento de la otra parte fueron entregados, pues resulta perfectamente legítimo solicitar el subrogado pecuniario de los mismos, a título de indemnización de perjuicios, como en efecto se plantea en este caso.

Finalmente, y en lo que se refiere al argumento de la falta de competencia que el demandado incluye dentro de la alegación de ineptitud de la demanda y que además no fue propuesta en la primera audiencia de trámite respecto del auto de declaratoria de competencia, el Tribunal observa que el presupuesto de la no competencia parte de un hecho que se tiene que resolver de fondo en este laudo y que consiste, según el demandado, en que la actora entregó voluntariamente los buses a Transmilenio, incurriendo de esa forma en un pago de lo no debido.

No puede el Tribunal entender que la falta de competencia quede sujeta a la decisión previa de una excepción de fondo, como en últimas se está planteando en relación con este tema, pues la falta de competencia de un juez es un hecho objetivo que se da por la comparación del objeto de la litis con las normas que atribuyen competencia al fallador y en este caso con la cláusula compromisoria, y la misma no puede depender de la forma como se resuelva una excepción de fondo.

Y si bien la falta de competencia constituye un argumento de defensa totalmente distinto a la de ineptitud de la demanda, tampoco encuentra el Tribunal que en este caso se presente esa circunstancia pues si se observa el petitorio de la demanda, es claro que el mismo se circunscribe a que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la convocada y la consecuente indemnización de perjuicios derivada de ese incumplimiento, pretensiones todas de naturaleza exclusivamente contractual que se enmarcan perfectamente dentro del objeto del convenio de arbitraje que las partes incluyeron en el contrato.

Con fundamento en estas breves consideraciones, no se observa que haya lugar a acceder a una declaratoria de ineptitud de la demanda o a una falta de competencia y, en consecuencia, se procederá a abordar el estudio de fondo de la controversia.

## **2. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA DE LA DEMANDA Y DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE ELLAS**

### **2.1. EL LITIGIO**

De acuerdo con lo expuesto por la Empresa de Transporte Masivo Alimentador S.A. – ETMA S.A. – a lo largo del presente proceso arbitral, la pretensión principal es aquella tendiente a que se declare que en virtud del contrato de concesión que celebró el día 12 de diciembre de 2003 con la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. (Transmilenio S.A.), no asumió la obligación contractual de revertir a favor de la concedente la flota de 107 buses que dispuso para la prestación del servicio de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, sobre las vías, servicios y recorridos que se requirieran para la zona de alimentación que le fue adjudicada, por no haberse pactado expresamente en el contrato, porque la ley así no lo dispuso respecto de concesiones de servicios públicos y, además, por no

tratarse de bienes necesarios para la prestación del servicio, supuesto de donde derivó una serie de pretensiones consecuenciales, principales y subsidiarias.

Así está planteado en las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda reformada:

## **“B. PRETENSIONES**

(...)

### **1. PRINCIPALES**

**PRIMERA:** *Que se declare que no existió ni existe obligación a cargo de ETMA y a favor de Transmilenio, respecto de revertir la Flota de 107 vehículos automotores de propiedad de ETMA (la ‘Flota’) existente al momento de haber terminado el Contrato de Concesión No. 447 de 2003 (en adelante el “Contrato de Concesión” o ‘Contrato’).*

**SEGUNDA:** *Que se declare que bajo el Contrato de Concesión no era procedente la reversión de la Flota que existía al momento de terminar dicho Contrato de Concesión”.*

Y, en los cuatro grupos de pretensiones subsidiarias, la convocante solicitó que se hiciera la siguiente declaración:

**“PRIMERA:** *Que se declare que bajo el Contrato de Concesión no era procedente la reversión de la flota que existía al momento de terminar dicho Contrato de Concesión”*

Por su parte, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – Transmilenio S.A. –, tanto al contestar la demanda de la convocante como al formular su demanda de reconvencción planteó como pretensión principal, además de otros aspectos, que la



reversión de la flota sí era procedente por tratarse de una cláusula de la naturaleza de cualquier contrato de concesión, por lo cual no era necesaria su inclusión expresa en el texto del contrato No. 447 de 2003 para entenderse pactada. Así lo solicitó:

#### **"6.1. PRETENSIONES PRINCIPALES**

##### **6.1.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS**

*PRIMERA. Que se declare que la cláusula de reversión hace parte del Contrato de Concesión No. 447 de 2003, y en consecuencia, se entiende incorporada dentro del clausulado del contrato".*

De acuerdo con lo anterior, el aspecto central del litigio que ha sido puesto a consideración del Tribunal consiste en determinar si al contrato de concesión No. 447, celebrado entre las partes el 12 de diciembre de 2003, le resulta aplicable la cláusula de reversión respecto de la flota de 107 buses que fueron dispuestos por ETMA S.A. para la prestación del servicio de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, sobre las vías, servicios y recorridos que se requirieran para la zona de alimentación que le fue adjudicada, a pesar de no haberse pactado expresamente en el contrato, por tratarse de un elemento de la naturaleza del convenio contractual.

Establecido en los anteriores términos el objeto principal de la controversia, para resolverlo el Tribunal procederá al estudio de los siguientes aspectos:

## **2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO NO. 447 DE 2003 Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE**

Resulta pertinente destacar, en primer lugar, que no existe discusión entre las partes en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato que dio origen al presente conflicto, ni en cuanto a las normas que lo gobiernan.

De hecho, en lo que respecta a las normas que lo regulan, no discrepan que son las contenidas en el Estatuto de General de Contratación de la Administración Pública, tanto por razón de la naturaleza jurídica de la entidad pública contratante<sup>61</sup> y de las disposiciones vigentes al momento de su celebración<sup>62</sup>, así como por lo dispuesto en la cláusula tercera del contrato<sup>63</sup>.

En cuanto a la naturaleza del contrato, ambas partes coinciden en señalar que se trató de una concesión para la prestación de un servicio público, lo cual se puede

---

61 Transmilenio S.A., es una sociedad por acciones del Orden Distrital, que, en relación con el régimen jurídico aplicable, de conformidad con lo previsto en el párrafo 1 del artículo 38 de la ley 489 de 1998, se somete al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1.438 del 13 de septiembre de 2002. Magistrado Ponente, Dr. César Hoyos Salazar).

62 En el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, se definieron las entidades que se consideran estatales para efectos de la aplicación de esa norma y, en el literal a) de ese numeral, se relacionó a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuyo régimen jurídico, según lo señalado en anteriormente, es el aplicable a Transmilenio S.A. La norma en comento debe ser analizada en conjunto con el artículo 13 ibídem, que dispone que los contratos que celebren las entidades a las que se refiere el artículo 2º de ese estatuto, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa Ley.

Asimismo, debe considerarse lo previsto en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, que señala que los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

63 "CLAUSULA 3. NATURALEZA DEL CONTRATO.

El presente contrato de concesión instrumenta la relación de carácter contractual que vinculará a Transmilenio S.A. y la CONCESIONARIO a partir de la fecha de su entrada en vigencia, como partes que son del contrato. Dicha relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentre expresamente regulados por la Ley 80 de 1993 aplicables al contrato de concesión, y las demás normas que la sustituyan, desarrollen o reglamenten. En los demás aspectos se regirá por las normas del derecho privado".

corroborar al revisar el objeto, la cláusula de riesgos y la remuneración pactadas en el contrato 447 de 2003 a la luz de lo previsto en el artículo 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, que señala:

***“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.*** *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*  
(...)

**4o. Contrato de Concesión.**

*Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.*

(...)” (Se destaca).

A partir del contenido de la referida norma, el Consejo de Estado se ha encargado de señalar cuáles son las principales características del contrato de concesión, así:

*“a- La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.*

*b- O el particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.*

*c- El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.*

*d- El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.*

*e- La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.*

*f- El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.*

*g- El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas”<sup>64</sup> (Se destaca).*

Además de los anteriores elementos ha destacado que, según la regulación prevista en la Ley 80 de 1993, las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, corren **por cuenta y riesgo del**

---

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Providencia del 9 de diciembre de 2004, expediente 27921.

**concesionario**, a quien le corresponde participar, por esa razón, de las utilidades y pérdidas a que hubiere lugar<sup>65</sup>.

Al revisar el contenido del contrato No. 447 de 2003, se observa que participa de las características enunciadas en la norma y desarrolladas por la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, las partes estipularon la cláusula segunda el objeto del contrato 447 de 2003, en los siguientes términos:

**“OBJETO DEL CONTRATO**

*El presente contrato tiene por objeto otorgar en concesión no exclusiva, la explotación económica del servicio de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones que sean previstas en el contrato respectivo, otorgándosele al concesionario el permiso de operación para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá DC y su área de influencia, sobre las vías, servicios y recorridos que se requieran para la alimentación del Sistema Transmilenio dentro de la siguiente zona de alimentación:  
(...)” (Se destaca).*

De esta cláusula se deriva (i) la condición de concedente de Transmilenio S.A. y la de concesionario de ETMA S.A. (ii) con el objeto de otorgar la explotación económica del servicio público de transporte público terrestre automotor urbano

---

<sup>65</sup> Al respectó ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Magistrado Ponente: Dr. Javier Henao Hidrón. Concepto No. 1190 del 5 de mayo de 1999. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 14390.

masivo de pasajeros<sup>66</sup> para la alimentación del Sistema Transmilenio. A su turno, del contenido de las cláusulas 8, 96 y 105 se establece (iii) la inspección, vigilancia y control por parte de Transmilenio S.A. respecto de la prestación del servicio en concesión durante la ejecución del contrato<sup>67</sup>, además de lo previsto en el artículo

---

<sup>66</sup> Ley 105 de 1993. Artículo 3º numeral 2º: "DEL CARÁCTER DE SERVICIO PÚBLICO DEL TRANSPORTE:

La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad.  
(...)".

<sup>67</sup> **"CLAUSULA 8. DERECHOS DE TRANSMILENIO S.A.**

La concesión que se otorga por medio del presente contrato, implica para TRANSMILENIO S.A., además de los derivados de las disposiciones legales, los siguientes derechos:

8.1. El derecho a realizar la planeación estructural del Sistema TransMilenio, y a determinar, una vez estudiada con los CONCESIONARIOS, la planeación de la operación diaria del sistema, los servicios, frecuencias e itinerarios de la actividad transportadora que desempeñará el CONCESIONARIO, así como las necesidades de operación del Sistema en términos de frecuencias, itinerarios, servicios y tamaño de la flota requerida para el servicio del mismo.

8.2. El derecho a realizar el control de la operación del Sistema TransMilenio, y a impartir al CONCESIONARIO y a sus empleados, agentes o dependientes, las instrucciones operativas que considere necesarias para garantizar la operatividad, seguridad, calidad y funcionalidad del Sistema.

8.3. El derecho a recibir una remuneración de parte del CONCESIONARIO por la concesión que se le otorga dentro del Sistema TransMilenio, conforme a lo previsto en el presente contrato.

8.4. El derecho a mantener la titularidad sobre el Sistema, y por tanto, a que dicha titularidad sea reconocida y respetada por el CONCESIONARIO.

8.5. El derecho a supervisar el desarrollo y ejecución del presente contrato, y a acceder a los documentos e información que dan cuenta de la actividad del CONCESIONARIO.

8.6. El derecho a determinar conforme a la conveniencia del servicio público de transporte terrestre automotor, los futuros desarrollos de la infraestructura del Sistema Transmilenio".

4º de la Ley 336 de 1996<sup>68</sup>; (iv) la remuneración al Concesionario<sup>69</sup> y (v) la asunción de riesgos por parte de este último<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Ley 336 de 1996. Artículo 4º: “**ARTÍCULO 4o.** El transporte gozará de la especial protección estatal y estará sometido a las condiciones y beneficios establecidos por las disposiciones reguladoras de la materia, las que se incluirán en el Plan Nacional de Desarrollo, y como servicio público continuará bajo la dirección, regulación y control del Estado, sin perjuicio de que su prestación pueda serle encomendada a los particulares”.

<sup>69</sup> “**CLAUSULA 96. REMUNERACION AL OPERADOR DE LA ALIMENTACION**

(Modificado ADENDO 2) Como remuneración por las obligaciones que le impone la concesional CONCESIONARIO, se le otorgará al mismo el derecho a una participación en los ingresos generados por la explotación comercial del Sistema Transmilenio, lo cual se instrumentará mediante el pago periódico de un valor que para los efectos del contrato de concesión se denominará ‘participación’, el que será establecido conforme a las condiciones previstas en el contrato que se suscriba al amparo de los pliegos de condiciones de la licitación respectiva. Dicha participación le será cancelada con cargo y hasta la concurrencia del producido por la venta al público del servicio de transporte de pasajeros a través del Sistema Transmilenio.

‘El concesionario obtendrá a título de participación en los beneficios económicos derivados de la explotación comercial del Sistema durante el término de vigencia del presente contrato, un valor que estará determinado en una función combinada de los pasajeros transportados y los kilómetros programados y recorridos efectivamente, definidos globalmente el términos de pasajeros transportados, de acuerdo con las órdenes de servicio de operación impartida por TRANSMILENIO S.A., restringido al nivel de ingresos generados por los pasajeros pagos.

‘(...)’.

<sup>70</sup> “**CLAUSULA 105. RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS AL CONCESIONARIO**

El CONCESIONARIO asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato concesión, y será responsable frente a TRANSMILENIO S.A., como obligación de resultado, por la regularidad y el cumplimiento de las condiciones mínimas requeridas para la operación de la alimentación dentro del Sistema TransMilenio, asumiendo, por lo tanto, los costos, gastos y medio que se requieran a dicho efecto.

Mediante el presente contrato, y en cuanto superen los mecanismos tendientes a diluir los efectos de los riesgos previstos en el contrato, el CONCESIONARIO asume expresamente los riesgos propios de la actividad económica de transporte masivo de pasajeros en el Sistema TransMilenio, y del giro ordinario del negocio, incluidos dentro de la participación en los beneficios derivados de la explotación económica del servicio público de transporte dentro del Sistema TransMilenio, entre los cuales se encuentra los riesgos financieros, de financiabilidad, de demanda, de flujo de caja, de éxito del negocio y retorno de su inversión, los asociados a la variación del precio en los insumos de operación, el impacto que en los costos y en retorno de la inversión previstos por el CONCESIONARIO puedan tener factores internos externos del Sistema TransMilenio, que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo, y los demás riesgos que puedan identificarse en el proyecto, como lo son, entre otros, los riesgos derivados de la posible incidencia que en la estructura económica del negocio de los concesionarios podrían llegar a tener los cambios en la regulación legal en general, y en particular aquella en materia tributaria, que expidan tanto las autoridades nacionales como las autoridades distritales, en detrimento de los costos y condiciones de la operación, o las que podrían derivarse de la situación general del país, son riesgos propios asumidos en su totalidad por el CONCESIONARIO, como riesgos propios del giro de los negocios que asumirá mediante la concesión.

El CONCESIONARIO asume el riesgo de operación del servicio de transporte sin que esta genere responsabilidad alguna sobre TRANSMILENIO S.A., ni solidaridad frente a terceros.

Por la suscripción del presente contrato, el CONCESIONARIO acepta la distribución de riesgos efectuada entre las partes en el presente negocio, reconoce que los recursos que obtenga como participación en el resultado económico de la explotación de la actividad de transporte, es

De las disposiciones contractuales queda establecida con claridad la naturaleza del contrato que celebraron las partes el 12 de diciembre de 2003, como un contrato de concesión para la prestación del servicio público de transporte público automotor urbano masivo de pasajeros.

### 2.3. LA REVERSIÓN

Aunque no existe en la legislación colombiana una norma que defina en estricto sentido lo que debe entenderse por reversión, su significado y alcance puede extraerse a partir del contenido del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, que es del siguiente tenor:

***“ARTÍCULO 19. DE LA REVERSIÓN. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna” (Se destaca).***

Sobre el contenido de la norma en mención, la Corte Constitucional, en sentencia C-250 de 1996, expresó que *“La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”*.

---

considerado y será considerado, para todos los efectos legales, de manera clara e irrevocable, como una remuneración suficiente y adecuada a la distribución de riesgos del contrato.

El CONCESIONARIO se compromete a asumir los riesgos que se le presenten y a mitigarlos mediante la obtención de asesoría especializada en los aspectos técnico, financiero, jurídico y tributario, que le permitan cubrir las contingencias previsibles para estructurar un negocio viable sobre escenarios realistas que tengan en cuenta las limitaciones y condiciones aplicables a la actividad contratada, en los términos y condiciones contempladas en el presente contrato”.



De acuerdo con lo anterior, es posible señalar que la reversión comporta el derecho de la entidad pública concedente de adquirir e integrar a su patrimonio, a la terminación del contrato, los elementos y bienes que hubieren estado directamente afectos a la concesión durante su ejecución y que se requieran para la continuidad de la prestación del respectivo servicio, sin que medie, al momento de la reversión, la obligación correlativa de la entidad de entregar a cambio compensación alguna.

Es decir, la reversión involucra la tradición del dominio de unos determinados bienes que, estando en cabeza del concesionario, deben trasladarse al patrimonio de la entidad pública concedente al momento de la terminación del contrato, sin que, para tales efectos, deba realizar ninguna contraprestación.

### **2.3.1. La tradición del dominio de los bienes afectos al servicio**

En consideración a la tradición de dominio que supone la aplicación de esta figura del derecho, algunos doctrinantes han considerado que el concepto “*reversión*” resulta impropio, por cuanto gramaticalmente significa restitución de una cosa al estado que tenía o devolución de ella a la que persona que la poseía primero, cuando “*es evidente que los elementos de que se trata nunca estuvieron en la Administración o pertenecieron a ella*”<sup>71</sup>.

No obstante lo anterior, otro sector de la doctrina ha considerado que la reversión opera en dos sentidos<sup>72</sup>:

---

<sup>71</sup> Eustorgio Sarria y Mauricio Sarria, Derecho Administrativo, Sexta Edición, Publicaciones EIDA, Bogotá, 1974, pág. 320. Tomado de: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Providencia del 9 de noviembre de 2005, expediente 10172.

<sup>72</sup> Al respecto consultar: DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993”, Primera Edición, Editorial Legis, 2001, p. 470 a 472.

a) Respecto de bienes del contratista que han sido dispuestos para la ejecución del contrato, en donde, como ya se dijo, a la terminación del negocio jurídico procede la transferencia de la propiedad al patrimonio de la entidad pública contratante, sin compensación alguna, y

b) Respecto de bienes del Estado que la entidad concedente entrega a título de mera tenencia después de la suscripción del contrato, con el objeto de que el contratista pueda ejecutarlo de manera idónea, por lo cual a la terminación del negocio jurídico no opera una tradición del dominio, puesto que en estos eventos el Estado no se despoja de la titularidad de los bienes, razón por la cual la obligación que surge en cabeza del concesionario es la restitución, eso sí, con las mejoras que le hubieren sido incluidas, sin que medie, en ese momento, compensación alguna por ese concepto.

### **2.3.2. Los bienes que deben revertirse**

Si la reversión es procedente, debe analizarse qué bienes serán los que a la finalización del contrato de concesión deban revertirse a la entidad pública contratante.

En cuanto a los bienes que hubieren sido entregados por la entidad a título de tenencia para la debida ejecución del contrato, éstos siempre deberán ser restituidos a la entidad concedente, pues, se insiste, nunca salieron del patrimonio estatal.

En lo que respecta a la identificación de los bienes que habiendo sido dispuestos por el concesionario deberán pasar a integrar el patrimonio estatal por virtud de la reversión, la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993<sup>73</sup> resulta ser lo suficientemente ilustrativa, al señalar y llenar de contenido la frase introducida en el

---

<sup>73</sup> Gaceta del Congreso de la República 75 del 23 de septiembre de 1992.

ya citado artículo 19 - *“los elementos y bienes directamente afectados”* a la concesión-, indicando que se trata, *“exclusivamente”* de aquellos bienes que sean necesarios para la prestación del servicio público, en tanto que su ejecución lo exija, es decir, aquellos que resulten necesarios para garantizar su continuidad.

En esa misma línea de pensamiento, el Consejo de Estado ha señalado que la reversión *“Tiene su fundamento en la necesidad de cumplir con las necesidades públicas que se satisfacen con el contrato terminado al que estaban afectos los bienes, que entran a formar parte del patrimonio estatal”*<sup>74</sup>.

Al respecto, el tratadista Luis Guillermo Dávila Vinuesa, señala que *“hay que considerar que los bienes que revierten son los que directamente están afectos al servicio que con el contrato se satisface, de manera que sin ellos, aquel resiente por resultar indispensables para su prestación, lo que origina la necesidad de mantenerlos”*<sup>75</sup>.

Surge, entonces, que la reversión no opera en relación con todos y cada uno de los bienes que hubieren sido dispuestos por el concesionario para la ejecución del contrato de concesión, sino únicamente respecto de aquellos que se consideren necesarios para mantener y garantizar, a la terminación del negocio jurídico, la prestación del servicio respectivo, según lo impongan las condiciones de cada caso, criterio diferenciador que, según lo expuesto, deberá ser atendido a la hora de identificar los bienes objeto de la reversión.

A pesar de lo anterior y respecto de los bienes que dispone el concesionario para la prestación del servicio, no siempre resulta fácil identificar cuáles de ellos son necesarios para garantizar su continuidad a la terminación del contrato, por lo cual,

---

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Providencia del 9 de noviembre de 2005, expediente 10172.

<sup>75</sup> Ob. cit., P. 471.

para un mayor entendimiento y claridad de las obligaciones, las partes pueden pactar expresamente en el texto del contrato e, inclusive, desde su fase de estructuración, los bienes sobre los cuales recaerá la reversión<sup>76</sup>.

Si bien es cierto que en el texto de la Ley 80 de 1993 no se especificó la forma en que debe procederse cuando exista duda acerca de los bienes que deberán revertirse, esto es, los que se deban catalogar como afectos al servicio, para esclarecerlo resultan útiles las consideraciones formuladas en la exposición de motivos de la referida ley, en la que se indicó de manera expresa:

*“En tratándose de la reversión sin compensación, la aplicación de la cláusula debe estar antecedita por una interpretación que armonice tanto el interés público como el derecho de dominio del particular. Por tanto, se considera que la reversión ‘comprenderá’ exclusivamente los bienes ‘necesarios’ para la prestación del servicio público, en tanto esa ejecución lo exija, y, en caso de duda sobre ese extremo concreto, sobre esa determinada situación de hecho, la interpretación deberá ser siempre en favor del concesionario, es decir, en favor*

---

<sup>76</sup> En el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012, “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”, el legislador reguló de manera específica el referido aspecto, así: “ARTÍCULO 31. ENTREGA DE BIENES. En los contratos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada se deberán especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán”, precepto que fue reglamentado en a través del artículo 42 del Decreto 1467 de 2012, en los siguientes términos: “Artículo 42. *Reversión de la infraestructura de proyectos de Asociación Público Privada.* Con el propósito de asegurar la continuidad de la prestación de servicios públicos en proyectos de Asociación Público Privada, la entidad estatal competente, en desarrollo de lo previsto en los artículos 31 y 34 de la Ley 1508 de 2012, pactará en el contrato la entrega y transferencia, de los elementos y bienes directamente afectados a la prestación de dicho servicio y el estado en el que los mismos revertirán al finalizar el plazo del respectivo contrato, sin que por ello deba efectuarse compensación alguna, y excluirá los elementos y bienes que por su estado o naturaleza no se considere conveniente su reversión. Los bienes objeto de aporte del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos efectuado por la entidad estatal competente revertirán a la entidad contratante al término del contrato”.

*de su derecho de propiedad, que no habrá de perder, sin ser adecuadamente indemnizado<sup>77</sup>” (Se destaca).*

### **2.3.3. La reversión opera a la terminación del contrato sin lugar a compensación**

La reversión, en los casos en que es procedente, opera a la terminación del contrato lo que supone que el acaecimiento de ese supuesto constituye una condición necesaria que debe cumplirse para que la obligación que recae en cabeza del concesionario, bien sea de restituir los bienes que hubieren sido dispuestos por la entidad para la correcta ejecución de la concesión, incluidas las respectivas mejoras que se hubieren introducido, o de despojarse de la titularidad de los bienes afectos al servicio para entregarla de manera definitiva a la entidad concedente en calidad de propietaria, se pueda hacer exigible.

El momento en el que debe operar la reversión encuentra justificación en dos razones fundamentales, la primera, determinada por la imperiosa necesidad de contar con los bienes para la correcta ejecución del contrato y, posteriormente a su terminación, para mantener y garantizar la continuidad del servicio con el que estuviere relacionada la concesión.

La segunda, porque se entiende que a la terminación del contrato el concesionario ha logrado amortizar su inversión, lo que, a su vez, explica la razón por la cual, al momento de la reversión, no procede compensación alguna a cargo de la concedente, pues ésta se ha debido dar durante la ejecución del contrato.

En ese sentido, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se expresó lo que sigue:

---

<sup>77</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Volumen II. Parte Especial. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979. Página 138.

*“Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentren totalmente amortizados. Por ello se establece que la administración estará obligada a la indemnización, cuando al finalizar el contrato la amortización no ha sido alcanzada por hechos no imputables al contratista”*

En ese mismo orden de ideas, la Corte Constitucional en sentencia C-250 de 1996, refiriéndose a una concesión para la explotación de un bien público, manifestó

*“Esta obligación (se refiere a la reversión) tiene por objeto permitir que la explotación del yacimiento pueda continuarse cuando el contrato de concesión se extinga, y se fundamenta en razones de utilidad pública, lo que está representado en el hecho de que el beneficiario ya ha obtenido tal cúmulo de utilidades que esos bienes ya se han pagado y que la sociedad tiene derecho a seguir beneficiándose del producto de los minerales”.*

La doctrina concuerda también en considerar que la reversión debe darse a la finalización del contrato por razones de naturaleza económica y, además, coincide en cuanto a que, en realidad, en la relación contractual sí media reconocimiento patrimonial al concesionario respecto de los bienes que, habiendo sido dispuestos por él, debe revertir a favor del Estado:

*“Se dice que es gratuita en cuanto a que la terminación del contrato por vencimiento del plazo, no genera un costo adicional que deba ser sufragado por la entidad cuando se le transfiere la propiedad de los bienes. Pero en realidad, tal gratuidad no es real por cuanto el contratista al momento del traslado de los bienes dispuestos para la*

*ejecución del contrato, ya ha recuperado su costo, el cual en definitiva es pagado por la entidad cuando cancela el valor del contrato”<sup>78</sup>.*

Lo expresado hasta ahora en lo que a la compensación económica concierne se enmarca en el supuesto de que la terminación del contrato se produzca de manera normal, es decir, por vencimiento del plazo acordado por las partes para su ejecución; sin embargo, la legislación no dispuso cómo debe procederse en caso de que la terminación de la relación contractual sea anticipada.

El Consejo de Estado tuvo oportunidad de pronunciarse en relación con un contrato de concesión para la explotación del monopolio de licores, en el que se pactó un plazo de ejecución de 20 años y la obligación de reversión al momento de la finalización, situación que se anticipó en virtud de la nulidad absoluta que del negocio jurídico declaró la Corporación en ese caso. Dijo así, en esa ocasión, el Consejo de Estado:

*“En nuestra legislación no está prevista la solución que debe adoptarse para el evento que ahora se analiza, es decir, para cuando el contrato de ejecución sucesiva en el cual se pactó la reversión, termina antes del término pactado.*

*En la doctrina extranjera, el tratadista Jorge Escola, que en su obra Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Tomo II, págs. 136 y 137, dice al respecto. ‘Pero si la concesión se extingue por una causa que no es imputable al concesionario, antes del vencimiento del plazo contractual establecido, es decir, antes de que aquél haya alcanzado la total amortización de sus bienes, la reversión gratuita no procede, y en ese caso la administración estará obligada a indemnizar al concesionario por los bienes cuyo dominio adquiera por la reversión,*

---

<sup>78</sup> DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Ob. Cit. Pág. 471.

*en la proporción que corresponda al período contractual no cumplido, o sea, en relación con los valores que no hayan sido amortizados”<sup>79</sup>.*

En el marco de lo expuesto, dable es concluir que la reversión supone que previamente a que se haga exigible, se ha debido dar la amortización de los bienes dispuestos por el concesionario afectos al servicio, lo cual ha debido ocurrir dentro del plazo de ejecución contractual. Sin embargo, si la terminación del negocio jurídico opera de manera anticipada por causas no imputables a él, la Administración deberá indemnizar al concesionario por los bienes que adquiera a través de la reversión, pues, en realidad, no se trata de una tradición de dominio sin compensación.

Definidas las características principales de la reversión, el Tribunal pasará a estudiar si esta figura del derecho, con todas sus implicaciones y consecuencias, debe ser considerada como una cláusula de la naturaleza de cualquier contrato de concesión, al margen de la modalidad de la que se trate, como lo sostiene Transmilenio S.A., o si, como lo plantea ETMA S.A., la cláusula adquiere esa connotación únicamente cuando el objeto de la concesión consiste en la explotación de un bien público.

#### **2.4. LA REVERSIÓN COMO ELEMENTO DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE EXPLOTACIÓN DE BIENES ESTATALES**

La Ley 80 de 1993, en el numeral 4º del artículo 32, reconoció que el objeto del contrato de concesión puede consistir en uno cualquiera de los siguientes aspectos, sin que se trate de una enumeración taxativa<sup>80</sup>: (i) la prestación de un servicio

---

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 31 de enero de 1997, expediente 10498.

<sup>80</sup> “...la concesión supera el encargo a terceros únicamente de un servicio público y puede acudir a ella para la construcción de obras o la explotación de bienes del Estado, o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio.

En efecto, si bien es cierto la Ley 80 de 1993 tal como lo hacía el derogado decreto ley 222 de 1983, enuncia a partir del artículo 33 una serie de actividades propias del objeto del contrato de concesión, todas ellas de servicios públicos como lo son las referentes a las telecomunicaciones y telefonía de



público, (ii) la construcción de una obra pública o (iii) la explotación de un bien estatal, lo que permite identificar, al menos, tres modalidades de concesión según el objeto sobre el cual recaiga.

El Consejo de Estado, en providencia del 18 de marzo de 2010<sup>81</sup>, con el propósito de precisar la amplitud del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión, se refirió a cada una de las modalidades previstas en el mencionado artículo 32, distinguiéndolas entre sí de la manera que sigue:

*“En relación con (i) la amplitud del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión, según se expuso, dicho objeto puede encontrarse referido a la prestación de un servicio público o a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien estatal; la primera modalidad en referencia, esto es, la concesión de servicio público tiene lugar cuando se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; la segunda, la concesión de obra pública es la que se configura cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o*

---

larga distancia, entre otras, no significa que las concesiones de otra especie como la explotación de bienes o actividades que le son propias a una entidad estatal para obtener rentas y destinarlas a un servicio público a que se refieren otras disposiciones legales como lo es en el caso concreto el monopolio sobre los juegos de suerte y azar, sean concesiones distintas aunque si específicas. En esto la ley cumple con el mandato constitucional de darle a cada monopolio su ‘régimen propio’ en los términos del artículo 336 de la Carta, el cual como es obvio habrá de complementarse con las normas generales de contratación de las entidades estatales en lo no regulado en él.

En este orden de ideas, el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público. Es el caso de la explotación de los juegos de suerte y azar y de los licores, que la ley reservó a los departamentos en calidad de monopolio y que permite su explotación como arbitrio rentístico y fuente de financiación de servicios públicos que le son inherentes a la función social del Estado, como lo son la salud y la educación respectivamente (art. 49, 67, 365 y 366 Constitución Política)” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 19 de junio de 1998, expediente 10217.

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 14390.

*conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso públicos, contrato que se caracteriza porque el contratista adquiere no sólo la obligación de construir la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en la construcción. Así lo dispuso la Ley 105 de 1993, cuyo artículo 30, al disciplinar la concesión de obra pública, previó que 'Bajo el esquema de concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato el retorno al (sic) capital invertido'; se ha señalado que el elemento diferencial de este contrato*

*'... no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento. Es decir, la concesión de obra pública es concebida hoy por los textos normativos vigentes no solamente como una forma de ejecución y financiamiento de una obra pública, sino además como una forma distinta de gestionar los servicios de infraestructura pública'<sup>82</sup>.*

***Y la tercera modalidad de concesión en referencia, la concesión de bien público, tiene por objeto la explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien de dominio público —sea fiscal o de uso público—, comoquiera que puede 'ser objeto de concesión cualquier bien inmueble, cualquiera que sea la finalidad del mismo, pero que permita ser explotado por el sistema de concesión'<sup>83</sup> (Se destaca).***

---

<sup>82</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., p. 16.

<sup>83</sup> Idem. La doctrina ha explicado los elementos diferenciales entre el contrato de concesión de obra, de concesión de servicios públicos y el de obra pública, en los siguientes términos: "En el contrato de obra pública el contratista simplemente ejecuta la obra y recibe el precio, con lo cual queda terminado el vínculo contractual. En la concesión de obra pública, el concesionario construye la obra y luego, durante un tiempo, tiene a su cargo la percepción de los derechos por su utilización. Finalmente, en la concesión de servicio público el concesionario tiene que organizar el servicio y hacerlo funcionar y cuando se requiere la construcción de una obra, ésta constituye

Como se observa, a pesar de que se trata de un mismo tipo contractual – la concesión – su objeto puede recaer en diferentes aspectos según la modalidad de la que se trate, circunstancia que supone que, aunque comparten ciertos rasgos y características generales, no pueden ser tratados de manera uniforme, pues cada modalidad contiene aspectos característicos que la diferencian de las demás.

Ahora, no obstante que en el numeral 4º del artículo 32 se consideró la existencia de, al menos, tres modalidades diferentes de concesión, el legislador únicamente previó que la inclusión obligatoria de la cláusula de reversión operaría respecto de la concesión para la explotación de bienes del Estado. No a otra conclusión puede llegarse al estudiar el contenido del artículo 19 de la Ley 80 de 1993 que de manera expresa señala:

***“ARTÍCULO 19. DE LA REVERSIÓN. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna” (Se destaca).***

---

solamente un aspecto secundario, aunque importante, de la concesión del servicio, y por lo tanto queda englobado en esta”. Cfr. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974, pág. 121.

El mismo autor —op. cit., p. 16.— explica las diferencias entre la concesión de uso de bienes públicos y la de servicios públicos, en los siguientes términos:

*“La concesión de uso de bienes públicos es la que tiene por objeto permitir la utilización especial y más o menos exclusiva de dichos bienes. Se diferencia de la concesión de servicio público en su objeto. El punto es claro. Pero ambas están muy vinculadas, porque la mayor parte de las concesiones de servicio público requieren la utilización especial de bienes de dominio público y por ello envuelven también una concesión de esta clase.”*

Para Rufián Lizana, por su parte, *“la concesión de obras públicas es una suerte de combinación entre el contrato de obra y la concesión de servicios, por el cual el privado se compromete a financiar y a realizar una obra nueva, a conservarla o repararla y a explotarla y la remuneración proviene del producto de la explotación de la obra. No obstante, en alguna medida puede ser también una concesión de uso público puesto que el privado puede recibir instalaciones existentes, por las que puede realizar un pago a la Administración, y financia y realiza su renovación y las utiliza para proporcionar un servicio, siendo remunerado por la venta de ese servicio”*. Cfr. RUFÍAN LIZANA, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, cit., pp. 17-18.

Además, pese a que el texto del artículo citado es lo suficientemente claro, a partir de la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se puede constatar que la exclusión que en la norma se hizo respecto de las demás modalidades de concesión previstas en el artículo 32 de la Ley, no obedeció a una inadvertencia del legislador, sino que se debió a la clara intención de prever la cláusula de reversión de manera obligatoria, únicamente, respecto de la concesión de explotación de bienes del Estado.

En efecto, en la exposición de motivos, se indicó:

*“También se incluye como cláusula excepcional la conocida como reversión (artículo 19). Por virtud de ella, a la terminación de los contratos de **explotación de bienes estatales**, todos los bienes y elementos colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieren al Estado, sin compensación alguna, salvo que la inversión no se haya amortizado”.*

No riñe con esta conclusión el hecho de que en la exposición de motivos se hubiere indicado que los bienes que deben revertirse son los que el concesionario hubiere colocado para la explotación “o prestación del servicio”, pues, como lo ha anotado el Consejo de Estado, “al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza (se refiere a la concesión), siempre tendrá una finalidad de servicio público”<sup>84</sup>.

Lo anterior viene a ser confirmado por lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que al regular lo concerniente a las cláusulas excepcionales al derecho común dispuso, una vez más y en consonancia con el artículo 19, que “En los contratos de **explotación y concesión de bienes del Estado** se incluirá la

---

<sup>84</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 19 de junio de 1998, expediente 10217.

*cláusula de reversión*”, sin hacer mención alguna a las otras modalidades previstas en el numeral 2º del artículo 32 de esa misma norma. (Se destaca).

El análisis normativo que viene de abordarse, permite concluir que la cláusula de reversión constituye **un elemento de la naturaleza<sup>85</sup> de la concesión de explotación de bienes del Estado**, puesto que no requiere pacto expreso de las partes para entenderse incluida en esa clase de contrato, en tanto que, por disposición de la Ley, se entiende pertenecerle y, además, en lo que a esta modalidad de concesión concierne, por tratarse de una norma de orden público no puede ser excluida por la voluntad de las partes, ni pactarse en contrario<sup>86</sup>.

Ahora bien, con respecto a la modalidad de concesión de prestación de servicios, específicamente del servicio público de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, ni la Ley 80 de 1993, ni ninguna otra norma, disponen la inclusión obligatoria de la cláusula de reversión en ese tipo de contrato, por lo cual, dado su carácter de excepcional, su aplicación no puede extenderse o extrapolarse a un negocio jurídico respecto del cual no fue prevista aún en ausencia de pacto contractual, más aún cuando, como se vio, las normas que regulan el tema en el marco de la Ley 80 de 1993 no ofrecen motivo de duda que permita interpretación alguna al respecto, por lo que, al no poder entenderse que le pertenece a esa modalidad del contrato de concesión, no puede reputarse como de su naturaleza.

---

<sup>85</sup> Código Civil. Artículo 1505. “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

<sup>86</sup> “La reversión es un fenómeno que ocurre a la terminación normal o anormal de algunos contratos del Estado, particularmente de los contratos de concesión, que se explica por la índole del objeto del contrato; *‘es norma de orden público, a la cual los gobernantes o la Administración no pueden renunciar.’* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 25 de noviembre de 2005, expediente 10172.

Se concluye, en ese mismo sentido, que la cláusula de reversión, en tratándose de contratos de concesión para la prestación de un servicio público, no constituye un elemento de su esencia, puesto que el negocio jurídico, en ausencia de aquella, puede subsistir, generar efectos y no cambiará su naturaleza.

No obstante lo anterior, Transmilenio S.A. considera que la cláusula de reversión es un elemento, no solo de la naturaleza, sino también de la esencia, de cualquier tipo de concesión, incluida la relativa a la prestación de servicios públicos.

En ese entendido expresó que *“la potestad exorbitante más importante a favor del Estado representado por la entidad estatal concedente, es la reversión, disponiendo el mismo legislador que, en los casos previstos en el artículo 14, ‘las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente’*, sin embargo, como ya se vio, el mencionado artículo 14 se refiere expresamente a la concesión de *“explotación y concesión de bienes del Estado”*.

Adicionalmente, la empresa pública de transporte ha estimado que tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado han sido coherentes en señalar que la reversión es un elemento esencial del contrato de concesión, al margen del objeto sobre el cual recaiga.

En relación con la jurisprudencia constitucional, ha fundado sus apreciaciones en la sentencia C-250 de 1996, al razonar que en aquella providencia la Corte entendió que la reversión es una cláusula de la esencia del contrato de concesión en general.

Al respecto, manifiesta Transmilenio S.A. que en el acápite tercero de la sentencia, denominado *“El Contrato de Concesión y la Cláusula de Reversión”*, la Corte incluyó todos los tipos de concesión previstos en la Ley 80 y que al desarrollarlo estableció, con base en la definición contenida en el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, entre otras, la siguiente característica: *“g) Dada la naturaleza especial del*

*contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse incitas (sic) en el mismo contrato”.*

Es cierto el contenido del referido acápite, como lo señala Transmilenio S.A., pues coincide con el texto de la providencia; sin embargo, advierte el Tribunal que las conclusiones que desde ese aparte se extraen no consultan el texto íntegro de la sentencia y, por tanto, su verdadero alcance y obligatoriedad.

En efecto, la sentencia a la que se refiere Transmilenio S.A. se profirió con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, por lo que sus consideraciones, como más adelante se demostrará, se limitaron a analizar el contenido literal de la norma respecto del problema jurídico que fue planteado, que consistió en cuestionar la constitucionalidad de la norma acusada con fundamento en que violaba el artículo 58 de la Constitución Política de 1991, por razonar que contemplaba una expropiación sin indemnización.

En ese contexto destaca el Tribunal que el problema jurídico que fue planteado no tuvo relación con el alcance de la cláusula de reversión prevista en el artículo 19 demandado, en relación con las modalidades de concesión diversas a las previstas en él, por lo cual la Corte no se ocupó de analizar si la reversión es, o no, un elemento de la esencia de toda concesión, lo cual supone que el aparte de la providencia en el que enfatiza la convocada debe ser entendido en el marco de lo analizado en aquella oportunidad, es decir, respecto de la cláusula de reversión en los contratos de explotación de bienes del Estado y su distinción frente a la figura de la expropiación.

Al revisar el contenido de la providencia se puede evidenciar que para la afirmación que destaca Transmilenio S.A. respecto de la reversión como cláusula esencial del contrato de concesión, la Corte Constitucional se fundamentó en lo expresado por

el Consejo de Estado en dos oportunidades, ambas en tratándose de contratos de concesión para la explotación de bienes del Estado.

La primera de las providencias a la que se refirió la Corte fue la proferida el 16 de junio de 1994 por la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>87</sup>, en la que se resolvió acerca de la pretensión de nulidad de unas resoluciones expedidas en el marco de un contrato de concesión para la exploración y explotación de petróleos, por medio de las cuales se dispuso la reversión de una planta de gas.

En aquella oportunidad el Consejo negó las pretensiones de la demanda, básicamente, con fundamento en la cláusula de reversión que había sido pactada por las partes en desarrollo de lo previsto en el artículo 25 de la Ley 37 de 1931<sup>88</sup>, que regulaba de manera especial el tema en esta clase de contratos y, como fundamento de su decisión expresó, tal y como fue transcrito en la sentencia C-250 de 1996, lo siguiente:

*“Es decir, no es necesario que el Gobierno Nacional y la Shell  
Cóndor o la Antex Oil firmaran una escritura pública en la que se  
hiciera constar que la planta construida en Plato, revertiría al*

---

<sup>87</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: DR. Daniel Suárez Hernández, sentencia del 16 de junio de 1994, expediente 5729.

<sup>88</sup> Ley 37 de 1931. Artículo 25 “Terminado el contrato por cualquier causa, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el contratista dejará en perfecto estado de producción los pozos que en tal época sean productivos, y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles ubicadas en el terreno contratado, todo lo cual pasará gratuitamente a poder de la Nación con las servidumbres y bienes expropiados en beneficio de la empresa.

Respecto a la propiedad mueble, su precio se fijará por peritos, y el contratista tendrá la obligación de vendérsela al Gobierno, si así se lo exigiere dentro de los noventa (90) días siguientes a la terminación del contrato.

La determinación del carácter de mueble o inmueble en caso de desacuerdo, la harán los peritos, teniendo en cuenta la naturaleza y destinación de tales bienes, según lo dispone el Código Civil. Los peritos serán nombrados y procederán como se indica en el artículo 9º.

Es entendido que en caso de prórroga del contrato, la reversión de las mejoras a favor de la Nación no se producirá sino al vencimiento de dicha prórroga.

La Nación podrá, en cualquier tiempo, impetrar las providencias conservatorias que le convengan para impedir que se perjudiquen o inutilicen, por culpa del contratista, el campo petrolífero o sus instalaciones y dependencias”.



*Estado Colombiano; y no era necesario porque es de la esencia del contrato de concesión, la reversión de los bienes destinados a la explotación del campo concesionado"*  
(Destacado de la sentencia C-250 de 1996).

La segunda referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado, hace alusión a un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 3 de febrero de 1994<sup>89</sup>, al referirse, también a un caso de reversión en materia de explotación de un bien estatal, en el que la Corporación hizo la siguiente manifestación:

*"Al tenor de lo preceptuado por el artículo 1618 del Código Civil, debe estarse a la intención de los contratantes iniciales, lo cual vincula a los concesionarios del contrato. Esa intención es clara en el sentido de que a la terminación del contrato todos los bienes destinados a la explotación de ese campo, revertirán al Estado" (Se destaca).*

Enseguida de las citas jurisprudenciales anotadas y con fundamento en ellas, la Corte Constitucional concluyó:

*"La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna" (Se destaca).*

---

<sup>89</sup> Consulta del 3 de febrero de 1994 de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Considera también Transmilenio S.A. que la Corte, al referirse al carácter esencial de la cláusula de reversión, no distinguió entre las diversas modalidades sobre las cuales puede versar este tipo de contrato, lo cual conduce a la empresa pública a señalar que, en consecuencia, lo dicho en la providencia en el literal g) del acápite tercero antes transcrito, debe entenderse referido, en general, a cualquier clase de concesión.

Este argumento no resulta de recibo por este Tribunal, puesto que, según lo que ha quedado expuesto, la Corte no distinguió respecto de las diversas modalidades de concesión porque el estudio que le competía abordar de acuerdo al problema jurídico planteado no recaía sobre ese aspecto, pero, además, queda demostrado que tal afirmación la extrajo de providencias del Consejo de Estado referidas expresamente al caso de concesiones de explotación de bienes estatales.

Es más, al resolver el problema jurídico que le fue planteado, se puede constatar que lo dicho por la Corte en aquella oportunidad no desbordó el contenido del artículo 19 demandado que, se insiste, se refiere expresamente a la concesión para la explotación de bienes del Estado. Al respecto, resulta pertinente destacar los siguientes apartes de la sentencia:

*“Cabe destacar, como ya se indicó, que una particularidad del contrato de concesión, es que debe contener obligatoriamente la cláusula de reversión **-que constituye una prerrogativa exorbitante de obligatoria inclusión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado-**, en cuya virtud los bienes y demás elementos directamente afectados a la concesión o explotación de los bienes estatales pasan a ser de propiedad de la entidad contratante, una vez terminado el plazo contractual -que es el término o período que las partes estiman suficiente para recuperar los costos del proyecto, intereses de*

*capital empleado y demás gastos financieros y operativos-, sin compensación alguna.*

*(...)*

*Como se dejó expuesto en el acápite anterior, la naturaleza de estas dos figuras es radicalmente distinta, lo que no permite su asimilación, ya que, en síntesis, **la reversión es creada por la ley y está incluida en los contratos de concesión y explotación de los bienes estatales**, de manera que quien acepta participar en la licitación para la adjudicación de estos contratos, conoce las condiciones de los mismos, una de las cuales es que la reversión está incluida como cláusula obligatoria en el contrato.*

*(...)*

*No hay duda, pues, conforme a lo anterior, que la intención del legislador en la norma acusada no fue la de consagrar una expropiación sin indemnización, sino por el contrario, **erigir un instituto propio de la naturaleza de los contratos de concesión o explotación de bienes estatales**, que persigue mantener la continuidad del servicio público al momento de la extinción del contrato.*

*(...)” (Se destaca).*

De esta manera, aun cuando se admitiera lo dicho por Transmilenio S.A. respecto de las implicaciones y alcances de la sentencia C-250 de 1996 en relación con la cláusula de reversión como elemento esencial de todo contrato de concesión, lo

cierto es que, atendiendo el marco establecido por el problema jurídico que resolvió la Corte en esa oportunidad, esa interpretación se debería considerar como una *obiter dicta* carente de efectos vinculantes, a pesar de estar contenida en una providencia de constitucionalidad.

Ahora bien, en lo que a la jurisprudencia del Consejo de Estado se refiere, es importante resaltar que, en la gran mayoría de los casos, cuando esa Corporación ha manifestado que la reversión se erige como un elemento esencial del contrato de concesión, lo ha hecho al analizar divergencias contractuales surgidas en relación con contratos de concesión de explotación de bienes del Estado, generalmente, regulados por normas especiales que prevén la inclusión de esa cláusula de manera específica.

Así, a manera de ejemplo, se pueden citar las siguientes providencias:

- Sentencia del 16 de junio de 1994, expediente: 5729. ANTEX OIL & GAS COMPANY, INC Vs. Nación - Ministerio de Minas- Sección Tercera. C.P. Daniel Suárez Hernández. Previamente relacionada al analizar la cita que de esta providencia se tomó en la sentencia C-250 de 1996.
- Concepto No. 727 del 8 de septiembre de 1995. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza. Versó sobre la aplicación, en contratos de concesión minera, de la cláusula de reversión regulada de manera especial en los artículos 106, 107 y 108 del Decreto 805 de 1947 y, posteriormente, en el artículo 74 del Código de Minas.
- Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente: 12039. Cementos Boyacá S.A. Vs. Nación - Ministerio de Minas. Sección Tercera. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Se resolvió acerca de la pretensión de nulidad de una resolución por medio de la cual se dispuso la reversión de los bienes

destinados a la explotación minera del artículo 74 del Código de Minas. En esta oportunidad, el Consejo de Estado expresó:

*“... la Sala precisa que en el caso concreto, sea cual fuere el régimen legal que se acogiese, la reversión resulta procedente porque así lo prevé la norma de celebración del contrato, decreto 805 de 1947, porque así lo acordaron las partes en el contrato, y porque el contrato de concesión comprende una actividad de gran minería”.*

El Tribunal se detendrá en la sentencia proferida el 18 de marzo de 2010, por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que fue citada por la parte convocada en los alegatos de conclusión, providencia en la que, entre otras cosas, se indicó:

*“En suma, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la concesión —sin olvidar que la Ley 80 de 1993 concibió tres especies de dicho género contractual, lo cual, además, no es óbice para que en la práctica puedan existir concesiones atípicas, de suerte que los elementos esenciales del contrato de concesión variarán según la modalidad de la cual se trate, aunque sin duda participando de elementos comunes— son los siguientes: (i) la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio; (ii) el cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio*

*concesionado; (iii) el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato; la remuneración, entonces, 'puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden' —artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993— y (iv) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato" (Se destaca).*

Debe advertirse que al realizar el análisis integral de la providencia en comento, se encuentra que los razonamientos que en ella quedaron consignados se desarrollaron en el marco de un caso de explotación de un bien del Estado y que, además, a pesar de lo concluido en el aparte transcrito, las consideraciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no recayeron precisamente sobre la inclusión obligatoria de la cláusula de reversión en todos los contratos de concesión, mucho menos se detuvo a considerar el alcance del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, puesto que el debate central de la controversia tampoco versó sobre este específico aspecto.

Sin embargo, para el correcto entendimiento de lo expresado por el Consejo de Estado, es importante resaltar que en la providencia se analizó la verdadera naturaleza de un contrato celebrado, a título de arrendamiento, para la explotación de las instalaciones del coliseo "El Campín", cuando, por sus características, en realidad correspondía a un contrato de concesión para la explotación de un bien público. De ahí que en el fallo se hubiere entendido, sin mayor detenimiento, que

*“los bienes contruidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato”*, puesto que, como se mencionó previamente en esta providencia, los bienes estatales que las entidades públicas disponen para la ejecución del contrato de concesión de explotación, se entregan a título de mera tenencia y, por ello, durante la ejecución del negocio jurídico nunca salen del patrimonio público, lo que supone que a la finalización del contrato siempre se deban revertir. Es pertinente advertir que este supuesto no se presenta en el caso que ocupa a este Tribunal.

Con todo, la conclusión transcrita, en lo que a la reversión concierne, se extrajo de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-250 de 1996, citada en la providencia del 18 de marzo de 2010, en el aparte que comprende el literal g) del acápite tercero antes analizado, el cual, a su vez, según lo estudiado en precedencia, se edificó sobre lo expresado por el Consejo de Estado en dos providencias en las que se abordó la concesión de explotación de bienes estatales, sentencia de constitucionalidad cuyo alcance, en lo que a esta materia corresponde, ya fue estudiado previamente en este laudo.

Finalmente, advierte Transmilenio S.A. que los laudos arbitrales citados por la convocante en la demanda reformada no pueden aplicarse al presente caso por no constituir precedente obligatorio y, además, porque en ellos se trató el tema de la cláusula de reversión en contratos de concesión de servicios públicos domiciliarios, mientras que en este caso el servicio público cuya prestación se entregó en concesión fue el de transporte público masivo urbano terrestre de pasajeros.

No desconoce el Tribunal que los laudos mencionados no constituyen precedente obligatorio. No obstante, se comparten las conclusiones a las que se llegó en ellos respecto de la no obligatoriedad de la cláusula de reversión en materia de contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, en general, es decir, sin distinguir el tipo de servicio público del que se trate, esto, en virtud de los

argumentos legales que quedaron consignados en la presente providencia, que permiten llegar, de manera razonada, a la misma conclusión.

En ese sentido, se precisa que no se desconoce que se trata de servicios públicos diferentes, con regulaciones diferentes también. Sin embargo, es importante destacar que el análisis que en esta providencia se desarrolla no se delimita por el tipo de servicio público del que se trate la concesión, sino por la normatividad existente sobre la materia, que en tratándose tanto de servicios públicos domiciliarios, según lo expresado en los referidos laudos, como de servicio público de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, coincide en cuanto a que no existe norma que disponga su inclusión obligatoria en el negocio jurídico, aún a falta de pacto expreso.

En la misma línea se encuentra el Concepto 0111 de 4 de septiembre de 2008, de la Dirección jurídica distrital<sup>90</sup>, en el cual se expresó:

*"...teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la cláusula de reversión es de inclusión obligatoria sólo en los contratos de concesión y explotación de bienes, no puede entenderse que lo mismo ocurre en las concesiones de áreas de servicio exclusivo en las que el contrato se suscribe para garantizar la prestación de un servicio público y no con el fin de que se realice la explotación de un bien estatal."*

---

<sup>90</sup> Citado en el Laudo de 4 de septiembre de 2015 en el Tribunal de arbitramento de Ciudad Limpia Bogotá S.A. ESP contra Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP. Puede consultarse íntegramente en el siguiente link:  
[www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36544](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36544)



## **2.5. LA REVERSIÓN Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE PÚBLICO TERRESTRE AUTOMOTOR URBANO MASIVO DE PASAJEROS NO. 447 DE 2003**

Considera finalmente Transmilenio S.A. que, en el contrato de la referencia, la reversión debe entenderse implícitamente pactada en virtud de las estipulaciones contractuales contenidas en las siguientes cláusulas:

*Cláusula 6, sobre derechos del concesionario, que no establece en cabeza suya la propiedad de la flota a la terminación del contrato, mientras que la cláusula 7, sobre obligaciones del concesionario, establece la de adquirir la flota para la alimentación del sistema y poner a su disposición los buses correspondientes para la operación, en concordancia con la cláusula 8.4, que consagra el derecho de Transmilenio de mantener la titularidad del sistema.*

*Cláusula 30 que regula lo concerniente a la propiedad de la flota, la cual "deberá ser propiedad del concesionario de alimentación" o, numeral 1, "propiedad en cabeza de una sociedad de leasing", o numeral 2, "propiedad en cabeza de un patrimonio autónomo irrevocable con destinación específica", bajo las condiciones que desarrolla ese mismo numeral.*

*Asimismo, se refirió a las cláusulas 31.9, sobre limitaciones admisibles al dominio de la flota, que dispone que los gravámenes constituidos no generarán para el sujeto activo ningún derecho respecto del sistema Transmilenio y que el operador deberá responder frente al concedente por cualquier*

*perjuicio por el hecho del tercero o por haber pignorado o grabado sus derechos.*

*Cláusula 32, numeral 1, que señala que la entidad financiera reconoce expresamente que los bienes objeto del contrato de prenda sin tenencia o de leasing "están afectos al Sistema TRANSMILENIO y por lo tanto a la prestación del servicio"; 7, que dispone que si a la terminación del contrato de leasing por el vencimiento del plazo, el deudor (concesionario) no hace uso de la opción de compra de los bienes objeto del contrato, la entidad financiera negociará con TRANSMILENIO S.A. o con quien éste designe, la recolocación de los bienes y 8, que establece que será obligación del concesionario incluir las referidas cláusulas y condiciones jurídicas y económicas que "garantizan y preservan la disponibilidad permanente y continua de los bienes y equipos, al servicio del Sistema TRANSMILENIO".*

*Cláusula 117.4.1., que establece como causal de terminación anticipada del contrato de concesión la venta, cesión, transferencia bajo cualquier título o constitución de gravámenes respecto de los bienes afectos al servicio.*

Al respecto, debe precisarse que si bien las cláusulas en mención permiten determinar que era obligación de ETMA S.A. adquirir la flota de buses necesaria para la correcta prestación del servicio que le fue conferida a través de la concesión, así como mantener su disponibilidad durante toda la ejecución para garantizar el cumplimiento del objeto contractual encomendado, tales estipulaciones nada indican acerca de la obligación de revertir los bienes a favor de Transmilenio S.A. a la finalización del negocio jurídico, ni sobre el destino que éstos tendrían para ese

momento, aspecto este último que sí fue regulado de manera expresa por las partes en la cláusula 34.

Ahora bien, del análisis que hace la convocada sobre el contenido de las referidas cláusulas, infiere que, dada la innegable necesidad de la flota para la ejecución del contrato, ésta se reputaba también necesaria para mantener la continuidad del servicio en concesión una vez finalizado el contrato, por lo cual, a su juicio, de su contenido se desprende la obligación de reversión.

Lo primero que debe señalarse sobre este aspecto, es que el presupuesto para determinar qué bienes deberán ser revertidos a favor del patrimonio público a la terminación de un contrato de concesión, lo constituye, indiscutiblemente, la existencia de la obligación de reversión y no el hecho de que, a la finalización del contrato y a juicio de alguna de las partes, se consideren necesarios para garantizar la continuidad del servicio, aunque no medie obligación contractual de revertirlos.

De otra parte, es importante precisar que el hecho de que algunos de los bienes dispuestos por el concesionario se consideren necesarios para la correcta ejecución del contrato, es decir, para el cumplimiento de sus obligaciones, no determina, *per se*, que éstos sean también necesarios para mantener la continuidad de la prestación del servicio a la finalización del contrato. Se trata de un aspecto que, si no fue regulado expresamente por las partes, deberá ser analizado según las condiciones de cada caso, en el sentido de determinar con precisión la privación de cuáles bienes impediría *"cumplir con las necesidades públicas que se satisfacen con el contrato terminado al que estaban afectos los bienes..."*<sup>91</sup>, o, en palabras de Dávila Vinuesa, la ausencia de qué bienes resentirían el servicio respectivo por considerarse indispensable para su prestación.

---

<sup>91</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Providencia del 9 de noviembre de 2005, expediente 10172.

Así las cosas, concluye el Tribunal que de lo único que dan cuenta las referidas estipulaciones contractuales es de la titularidad de la flota de bienes en cabeza del concesionario y su correlativa obligación de mantenerlos siempre disponibles para la prestación del servicio, lo que es apenas lógico y consecuencial con la clase de negocio jurídico celebrado por las partes y con las obligaciones que debía asumir ETMA S.A. para cumplir el objeto contractual pactado.

Por último observa el Tribunal que, contrario a la reversión o entrega de la flota a Transmilenio S.A., las partes determinaron en el contrato cuál sería la situación de los buses una vez cumplieran la vida útil contractualmente establecida en 900.000 kilómetros y respecto de aquellos que a la terminación del contrato no la hubiesen completado.

Así, en efecto, quedó establecido en la cláusula 34 del contrato que

*“Una vez cumplida la vida útil de 900.000 kilómetros por bus alimentador, el vehículo será desvinculado por TRANSMILENIO y el concesionario deberá retirarlo del servicio público de transporte de Bogotá D.C. y proceder a su desintegración física”.*

Y respecto de los buses que no hubiesen completado la vida útil a la terminación del contrato, en esta misma cláusula quedó estipulado, como derecho del concesionario, lo siguiente:

*“Los buses que no habían vencido su vida útil, a la terminación del contrato, podrán ser transados por el Concesionario únicamente mediante venta de los mismos a otros alimentadores*

*del Sistema Transmilenio de Bogotá, que requieran de tal flota para el desarrollo de su actividad”<sup>92</sup>*

Del contenido de estas estipulaciones se hace evidente para el Tribunal que el entendimiento de las partes nunca fue el de que procedería la reversión de los buses al término del contrato y que, por el contrario, lo que establecieron fueron obligaciones y derechos del concesionario sobre la base de que este mantendría la titularidad de tales bienes.

Como consecuencia de todo lo expuesto el Tribunal concluye que la cláusula de reversión no se entiende incorporada al contrato de concesión No. 447 de 2003, coincidiendo y acogiendo en este punto el concepto rendido por el Ministerio Público, por lo cual ETMA S.A. no tenía la obligación de revertir la flota de 107 buses que dispuso para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros. Por esta razón se declararán no probadas las excepciones denominadas “NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN”, “CLÁUSULA DE REVERSIÓN Y SU PROCEDENCIA” y “SUJETO CALIFICADO”, y en consecuencia, habrán de prosperar las pretensiones primera y segunda de la demanda principal, y a su turno, se denegará la pretensión primera de la demanda de reconvención.

### **3. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES TERCERA, CUARTA Y QUINTA DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE ELLAS**

En las pretensiones tercera a quinta de la demanda principal, la parte convocante solicita lo siguiente:

---

<sup>92</sup> Folio 69 del cuaderno de pruebas número 3

*"TERCERA: Que se declare que Transmilenio incumplió el Contrato de Concesión al instruir a ETMA a que revirtiera la Flota que existía al momento de terminar el Contrato de Concesión.*

*"CUARTA: Que se declare que Transmilenio al haberse hecho propietario de la Flota incurrió en una actuación jurídica que le causó perjuicios patrimoniales y antijurídicos a ETMA.*

*"QUINTA: Que se declare que como consecuencia de la actuación antijurídica de Transmilenio que causó el incumplimiento del Contrato de Concesión, se generaron perjuicios patrimoniales antijurídicos a ETMA".*

En su alegato de conclusión, la parte convocante desarrolla en extenso tanto el tema de los incumplimientos como el tema de la actuación antijurídica de la actora (folios 22 a 62 del escrito de alegato de conclusión) y fundamenta en síntesis las pretensiones que aquí se analizan en que la convocada desatendió el postulado de la buena fe que la Ley exige en la ejecución del contrato y por ello impidió a ETMA recibir la remuneración a la que tenía derecho. Agrega que la conducta de Transmilenio al disponer la reversión de los buses, quedó fuera del ámbito de la buena fe objetiva e invoca como pruebas de esa argumentación el hecho de que Transmilenio buscó en primer lugar un argumento de carácter económico para sustentar la reversión y luego pretendió *"revestirlo de juridicidad, por simple conveniencia (...)".*

Sostiene adicionalmente que al haberse instruido a ETMA para revertir la flota, se configuró una actuación antijurídica que le generó daño a la actora y que por lo tanto debe ser indemnizada, toda vez que en este caso resultan perfectamente aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 50 de la ley 80 de 1993 y 90 de la Constitución Política.

En relación con esos argumentos, la parte demandada se ha opuesto a la prosperidad de estas pretensiones argumentando que la cláusula de reversión hace parte de los contratos de concesión de servicios, y que en consecuencia no existe incumplimiento por parte de Transmilenio; sostiene el apoderado de la demandada que de prosperar las pretensiones de la demanda lo que ocurriría es que se estaría desconociendo una cláusula contractual. Adiciona a su defensa manifestando que no existe de parte de Transmilenio “orden alguna” de reversión y que la entrega de los buses fue un acto voluntario del Concesionario.

En igual sentido, la señora Agente del Ministerio Público, sostuvo en su alegato final que no existe en este caso prueba de un incumplimiento contractual atribuible a la demandada y que, en consecuencia, no hay lugar a acceder a lo solicitado por la actora.

Para resolver este grupo de pretensiones el Tribunal procederá a estudiar la alegada actuación antijurídica y el incumplimiento del contrato, como se ha planteado en la demanda; y si a ello hubiere lugar, se abordará posteriormente el tema de la prueba del daño, y finalmente el relativo al nexo de causalidad.

### **3.1. EL ALEGADO DAÑO ANTIJURÍDICO**

El artículo 90 de la Constitución Nacional consagra un régimen de responsabilidad del Estado que se fundamenta ya no exclusivamente en la culpa, como tradicionalmente se edificaba la responsabilidad, sino en el hecho de generar al particular un daño que no está en el deber jurídico de soportar.

A su turno, la Ley 80 de 1993, en su artículo 50 dispuso que “*Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos*

*deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.*

La Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996, al estudiar la constitucionalidad del mencionado artículo 50, consideró que se trataba de una norma acorde con la Constitución, no obstante lo cual profirió una declaratoria de constitucionalidad condicionada, en los siguientes términos:

*“La Corte considera que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo”.*

Así, la correcta interpretación del artículo 50 de la Ley 80 de 1993 conlleva entonces a que en materia de responsabilidad contractual del Estado los fundamentos sobre los cuales reposa el deber indemnizatorio, no pueden limitarse exclusivamente a las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos sino que también pueden tener fundamento en la causación de un daño antijurídico, tal y como lo previó la Constitución Nacional.



En la Gaceta Constitucional número 77 de 20 de mayo de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente de ese año, al referirse al concepto de daño antijurídico, consideró que éste se presenta *"cuando se causa un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social"*.

Así las cosas, es claro que la responsabilidad contractual del Estado bien puede surgir de sus actuaciones contractuales (incluidas en ellas las abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos) pero también del hecho de que la Entidad contratante cause al particular un daño que éste no se encuentra en el deber jurídico de soportar, sin que para ello el Juez tenga que entrar a hacer una valoración subjetiva del incumplimiento, siempre y cuando, claro está, ese daño antijurídico sea imputable al Estado.

Establecido lo anterior, corresponde analizar lo ocurrido en el presente caso.

Transmilenio S.A. celebró un contrato de concesión para la prestación del servicio público de transporte, en el cual no incluyó ni se discutió previamente la existencia de una cláusula de reversión. Posteriormente, y acercándose la fecha de terminación del contrato, decidió que por razones de carácter financiero y de políticas de ciudad debía disponerse la reversión de los vehículos utilizados para prestar el servicio, para lo cual solicitó al contratista la entrega de los mismos.

En efecto, como quedó expuesto en capítulo anterior, las partes no incluyeron explícitamente en el texto del contrato una cláusula de reversión y la misma tampoco aparece puesta en evidencia en la etapa precontractual, ni se entiende incorporada al contrato por ministerio de la Ley. Muy por el contrario, como aparece plasmado en algunas de las cláusulas, las estipulaciones de las partes generaron en el Concesionario la certeza de que la propiedad de los buses utilizados para la prestación del servicio público la mantendría hasta la finalización del contrato,

incluso obligándolo, como aparece previsto en la cláusula 34, que una vez éstos cumplieran los 900.000 kilómetros de utilización, serían destruidos, en los siguientes términos:

*"(...) Una vez cumplida la vida útil de 900.000 kilómetros por bus alimentador, el vehículo será desvinculado por TRANSMILENIO y el concesionario deberá retirarlo del servicio público de transporte de Bogotá D.C. y proceder a su desintegración física.*

*Los buses que no habían vencido su vida útil, a la terminación del contrato, podrán ser transados por el Concesionario únicamente mediante venta de los mismos a otros alimentadores del Sistema Transmilenio de Bogotá, que requieran de tal flota para el desarrollo de su actividad"*<sup>93</sup>

Y esa certeza o confianza que se generó en el contratista se mantuvo durante todo el tiempo de ejecución de la concesión, tal como lo reconoció en su declaración Carlos Alfonso Garzón Saboyá, subgerente económico de Transmilenio en la época, cuando al ser preguntado por el Tribunal si la idea de la reversión se tuvo desde el comienzo del contrato y en su etapa precontractual, contestó *"En el contrato inicialmente no, inicialmente había una idea de que Transmilenio no debería encartarse con buses viejos, entonces eso cambió y fue crítico en este contrato porque resulta que con el otrosí del año 2009 se incluye nueva flota (...) Eso significa que le hubiéramos dejado flota al concesionario que solamente tenía cinco años de uso (...) entonces no era justo para la ciudad y el país entregar una flota a mitad de kilometraje, generando una utilidad adicional al Concesionario".*

Agregó adicionalmente el testigo ante la pregunta de si se trataba de una decisión de política pública más que de una decisión jurídica, lo siguiente *"Es una decisión*

---

<sup>93</sup> Folio 69 del cuaderno de pruebas número 3

*de ciudad, es una decisión de aprovechar un recurso que ya se había pagado, en una ciudad que necesita flota para poder operar”.*

Demuestra esa declaración que la no inclusión de la cláusula de reversión en los pliegos de la licitación o en el contrato mismo, era una decisión consciente de la demandada que no quería, según el dicho del declarante, *“encartarse con buses viejos”*. Sin embargo, como lo relató en detalle ese testigo, en coincidencia con otros declarantes como el señor Diego de Jesús Rodríguez Rojas, asesor financiero de la subgerencia económica de la demandada, la decisión de disponer la reversión de los buses *“nació de lo financiero”* y se edificó sobre una teoría consistente en que la valoración económica del contrato daba como resultado que el valor total de los buses había sido pagado al Concesionario, y que solo surgió la inquietud de revertirlos cuando advirtieron que, como consecuencia del otrosí número 9, el Concesionario se quedaría con unos buses que todavía tenían una vida útil.

Implicó lo anterior, que el concesionario debió sustraer de su patrimonio unos bienes que hacían parte de él, sustracción que operó sin ningún título o causa que la justificara, es decir, generándole un daño que, desde ningún punto de vista, tenía el deber de soportar. En otras palabras, para el Tribunal está demostrado que se ocasionó al demandante un daño antijurídico que constituye fundamento suficiente para imputar responsabilidad a la demandada.

### **3.2. EL ALEGADO INCUMPLIMIENTO**

Tanto en la demanda como en el alegato de conclusión, la parte demandante ha edificado el incumplimiento de la convocada en una desatención al principio de la buena fe contractual, en relación con el cual el Tribunal considera necesario efectuar unas breves precisiones:

- La buena fe puede entenderse como la *“rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos.”*<sup>94</sup>
- Constituye el máximo principio rector de la contratación, incluso con rango constitucional, (artículo 83 de la Carta), como lo pregonan el artículo 1603 del Código Civil y el artículo 871 del Código de Comercio.
- La buena fe debe estar presente en la etapa precontractual, en el momento de la celebración, durante toda la ejecución y además, ser el criterio inspirador de interpretación. Sobre el particular anota Arrubla Paucar:

*“...a) En la etapa preparatoria y de formación del contrato. Los contratantes se deben lealtad en todas las etapas preliminares a la formación del negocio, no es otra cosa, como afirma Betti, que hablar claro, lo que impone hacer patente a la contraparte la situación real de las cosas, desengañándola de eventuales errores que sean reconocibles. Se deben presentar con toda claridad los antecedentes del negocio, procurando informar sobre todas aquellas circunstancias que puedan interesar a la otra parte. Ocultar circunstancias que puedan influir en la decisión del otro negociante, es una reticencia fraudulenta, que atenta contra este deber de buena fe (...) c) En la interpretación. El postulado de la buena fe en este estadio funciona como un criterio hermenéutico. El contrato debe ser interpretado atendiendo siempre el postulado de la buena fe, buscando cuál fue la verdadera intención de los contratantes y analizando la naturaleza y función que desempeña el negocio jurídico en el mundo económico...”*<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, La doctrina de los actos propios..., pág. 137.

<sup>95</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos Mercantiles. Séptima Edición. Editorial Diké. Medellín. 1.995, página 80 y 81.

- *"Siguiendo a KARL LARENZ en este punto, podemos señalar que la buena fe descansa en la consideración de que la convivencia social se conseguirá cuando la confianza que se deben dispensar las partes en una relación, no será defraudada sino, por el contrario, confirmada. "El imperativo de no defraudar la confianza dispensada y exigida halla su expresión en el Código Civil en la exigencia de observar la 'buena fe'".*<sup>96</sup>

De esta forma, se espera de quien ejecuta un contrato que cumpla no solamente aquello que expresamente está contenido en él sino además todo lo que emana de la naturaleza de la obligación, y se exige que sus actuaciones negociales no defrauden la confianza que la otra parte ha depositado en ella al prestar su consentimiento en la celebración del contrato.

Estas reglas de interpretación han quedado incluso expresamente recogidas en el artículo 28 de la ley 80 de 1993, en cuyo texto se dispuso lo siguiente:

*"Artículo 28º.- De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos".*

Así, la valoración que el Juez deberá hacer de la conducta contractual de cada uno de los extremos de un negocio jurídico, no se restringe exclusivamente a la satisfacción del contenido prestacional nacido y radicado en cabeza de cada uno

---

<sup>96</sup> SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, página 286.

de ellos, sino que se extiende además a valorar si sus actuaciones no desconocieron de alguna forma el contenido y la causa del contrato, y no defraudaron las legítimas expectativas generadas en la otra parte.

Es claro para el Tribunal, con base en el acervo probatorio, especialmente en los testimonios antes referidos, que la actuación de la demandada pretendió “modificar” el contrato y desconocer por ende lo pactado, a partir de unas consideraciones financieras, lo cual no puede ser de recibo por parte del Juez, pues en adición a que esas argumentaciones económicas nunca fueron tenidas en cuenta al comienzo de la relación jurídica, ni mucho menos le fueron expuestas al Concesionario, desconocerían el principio sobre el cual reposa toda la teoría de los contratos, esto es, el *pacta sunt servanda* conforme al cual todo contrato legalmente celebrado es una Ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, como lo dispone el artículo 1602 del Código Civil.

Y en este punto se considera necesario agregar que si una parte no ha tenido en cuenta una valoración económica al momento de contratar, ni se lo ha expresado a su futuro contratista como un elemento adicional para que éste preste su consentimiento en la celebración del negocio, no le resulta posteriormente admisible invocarla como sustento del cambio de condiciones negociales. En otras palabras, no puede aceptarse, en la mitad de un contrato, la imposición de una nueva obligación a una de sus partes, incluso si la otra parte es el Estado y si los fundamentos para ello son temas de conveniencia financiera o de políticas de ciudad.

Para el Tribunal es claro que en el presente caso no estamos ante una disputa de interpretación contractual surgida desde la celebración misma de la concesión pues en la medida en que no existe cláusula expresa, y en que ambas partes entendieron desde el comienzo que no habría reversión, como lo relataron los testigos, lo que

ocurrió es que la demandada decidió, por razones financieras y políticas, disponer que a la terminación del contrato se le entregaran unos bienes que en su comienzo no quería ni aspiraba a adquirir, con lo cual desconoció la expectativa legítima que había generado en su contratista relativa a que los buses serían suyos y con ello el posterior derecho a transarlos en venta, y en consecuencia desatendió el obrar justo y correcto que se espera de todas las partes de un contrato, incurriendo de esa forma en un desconocimiento del mencionado principio de la buena fe contractual, conforme al cual, se reitera, se espera un comportamiento respetuoso de los pactos contractuales y de los derechos y expectativas de la otra parte.

En los anteriores términos el Tribunal encuentra que sí existe prueba en el expediente de que la convocada incumplió el deber que la buena fe contractual le imponía, al pretender variar una condición contractual que inicialmente no fue pactada y en relación con la cual ambas partes estuvieron de acuerdo cuando prestaron su consentimiento en el negocio, y, en consecuencia, considera que este primer requisito de responsabilidad se encuentra acreditado, con lo cual habrán de prosperar las pretensiones tercera y cuarta principales de la demanda.

No podrá el Tribunal aceptar la alegación contenida en la excepción numerada como 9.4. de la contestación a la reforma a la demanda y denominada “INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL” en la cual la convocada sostiene que de aceptarse las pretensiones de la demanda, “*se estaría materializando un incumplimiento del contrato*”, pues además de que no es estrictamente una excepción, es una hipótesis equivocada que plantea la demandada en caso de que prosperen las pretensiones de la demanda toda vez que, como ha quedado expuesto, el incumplimiento del contrato se radicó en cabeza de Transmilenio S.A. y no con un eventual fallo favorable a las pretensiones de ETMA.

Finalmente, sin que para el Tribunal sea necesario en este punto entrar a analizar en profundidad el tema financiero, pues no es indispensable para la resolución de

la controversia, sí resulta procedente precisar que, desde el punto de vista puramente jurídico, el argumento conforme al cual una parte contractual tiene derecho a que se le transfiera la propiedad de los bienes que la otra parte utilizó para ejecutar el contrato, porque el valor total de los mismos resultó cubierto con la tarifa o precio recibido, resulta totalmente equivocado, pues de aceptarse una tal posición, existirían cláusulas de reversión “implícitas” en la mayoría de los contratos en los que un sujeto cubre sus costos con la contraprestación económica que recibe a cambio de sus bienes o sus servicios, incluso en el derecho privado.

Téngase en cuenta que resulta de muy frecuente ocurrencia, que un sujeto, al calcular el precio de lo que cobrará por un servicio, incluye en él todos sus costos para que una vez cubiertos éstos, pueda obtener una utilidad. Y no resulta acertado entonces concluir, que en razón a que los costos del prestador del servicio fueron cubiertos (incluido en ellos el valor de los bienes utilizados) surge para la otra parte el derecho a hacerse propietario de esos bienes pues el simple cálculo financiero que demuestra el cubrimiento de todos los costos no es título jurídico suficiente para hacerse propietario de un bien, toda vez que ese derecho surge bien sea del pacto expreso de las partes, o de la naturaleza del contrato que, como en este caso quedó visto, no comporta explícita o implícitamente, cláusula alguna en ese sentido.

El argumento de Transmilenio en este punto encierra una falacia de las denominadas afirmación del consecuente o error inverso. Y es que si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que una de las razones por las cuales en las concesiones para la construcción de obra pública se deben revertir los bienes destinados a la misma es que en su propuesta el concesionario ha debido tener en cuenta ese hecho para efectos de amortizar la inversión, no resulta acertado concluir que siempre que una parte tiene en cuenta el costo de los bienes que habrá de utilizar en un contrato, los mismos deben ser devueltos a la otra parte.



Como se señaló anteriormente dicho hecho debe derivar del pacto expreso entre los contratantes pues la amortización es simplemente el ejercicio que hace cualquier buen hombre de negocios al presentar una oferta para la prestación de un servicio y es que resulta ilógico pensar que, so pena de entenderse pactada una reversión, la remuneración no le podía permitir al concesionario pagar los bienes destinados a la misma pues sería tanto como concluir que debía trabajar a pérdida.

Y en relación con este punto considera importante destacar el Tribunal que el dictamen pericial financiero practicado dentro del trámite por solicitud de la convocada, arrojó como conclusión que el Concesionario tuvo pérdidas durante la operación<sup>97</sup>, lo cual dejaría sin piso el fundamento económico en que la demandada sustentó la reversión, pues se podría concluir – equivocadamente – que no habría lugar a reversión porque el resultado financiero del contrato fue desfavorable al contratista. No puede caerse en ese error, pues la reversión está dada, bien porque la ley lo disponga, o porque las partes así lo pacten, y no puede quedar sujeta al alea consistente en el resultado del balance final del contrato.

De esta forma, y con fundamento en los anteriores argumentos, es claro que las excepciones denominadas "DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO" "AUSENCIA DE CONDUCTA CONTRACTUAL DE TRANSMILENIO", "PAGO DE LOS BIENES REVERTIDOS" y "PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO CON LOS BIENES REVERTIDOS", no están llamadas a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

### **3.3. LA DEMOSTRACIÓN DE LOS DAÑOS RECLAMADOS**

#### **3.3.1. Existencia y cuantificación del daño**

---

<sup>97</sup> Ver respuesta a la pregunta número 7 formulada a la perito financiera.

El Tribunal ha decidido que Transmilenio S.A. incumplió el contrato de concesión 447 del 2003 al solicitar y obtener de ETMA, el concesionario, la reversión de la flota de buses a la terminación de dicho contrato.

Y que, en efecto, está probado que hubo una conducta antijurídica de parte de Transmilenio S.A. como que solicitó y obtuvo de ETMA la transferencia de la flota de buses a título de reversión, lo que supone gratuidad por tal transferencia. También está probado que la actuación mencionada de Transmilenio es el vínculo causal con el daño cuya cuantía y prosperidad ha impetrado la parte convocante. Y por último, el daño mismo tiene que probarse en sus elementos de certeza y cuantificación.

Corresponde ahora hacer el análisis del daño. Para ese propósito, el Tribunal abordará consecutivamente su prueba, su certeza y por último, su cuantificación.

### **3.3.2. La prueba del daño**

Es un principio general de derecho que al actor le incumbe probar y que el demandado se convierte en actor cuando propone las excepciones. El inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso, es del siguiente tenor:

*“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”*

En el presente caso, la parte convocante ha presentado como pruebas del daño, las siguientes:

En primer lugar, en la reforma de la demanda presentada el 20 de octubre del 2015, el actor formuló como pretensión quinta principal que el Tribunal declare que Transmilenio, con su actuación, le causó perjuicios patrimoniales a ETMA; en la

pretensión séptima principal, solicitó el pago de la suma de doce mil trescientos treinta y seis millones ciento ochenta y dos mil seiscientos treinta y dos pesos (\$12.336.182.632) más sus intereses corrientes que a su vez están contemplados en la pretensión octava principal.

En segundo lugar, en el juramento estimatorio el actor tasó la cuantía del daño en la misma cifra que como principal aparece en las pretensiones y además, le adicionó los intereses corrientes a que diera lugar tal cuantía liquidados desde el 8 de marzo del 2014, fecha en que entregó la flota de buses a Transmilenio, hasta el 21 de octubre del 2015, fecha de radicación de la reforma de la demanda. Estos intereses, según el juramento, ascienden a tres mil quinientos cinco millones doscientos treinta y cinco mil seiscientos ochenta pesos (\$3.505.235.680).

El juramento estimatorio fue presentado de manera razonada pues se apoyó en un dictamen pericial fechado el 1 de febrero del 2014 y suscrito por Hugo Erney Achury Rincón en su calidad de Gerente de la firma A&G Ingeniería Aplicada en Asesorías y Avalúos Industriales Ltda. (A&G). Por su parte, la parte convocada objetó el juramento estimatorio.

En tercer lugar, para evaluar lo relativo a la cuantificación del daño, el convocante presentó dictamen pericial de A&G, mencionado atrás, al que se referirá de nuevo el Tribunal posteriormente.

### **3.3.3. Certeza del daño**

La doctrina ha tenido oportunidad de decantar el concepto de la certeza del daño. Así, ha distinguido entre daño cierto y daño eventual: El primero, puede ser anterior, concomitante o posterior frente a la fecha de su propia estimación y tiene por característica principal, tratándose del futuro, que debe tener una probabilidad altísima de ocurrencia, o lo que es igual, que por el simple transcurrir del tiempo tal

daño futuro se concretará; el eventual, por su parte, corresponde a aquel que apenas posiblemente puede ocurrir y en consecuencia, la diferencia entre uno y otro es simplemente de grado, pues mientras en el primero la probabilidad de ocurrencia es muy alta, en el segundo, es apenas posible. No sobra reiterar que en el daño cierto futuro nunca habrá un ciento por ciento de seguridad de que ocurrirá y por eso, negarlo, produciría una injusticia insoportable para la persona que lo sufrió.

También ha dicho la doctrina que son dos conceptos distintos el de la certeza del daño y el de la certeza de su cuantía. Así, puede ocurrir que se presente el primero sin que el juzgador sepa cuál es el monto del perjuicio. En otras palabras, si no hay certeza en la ocurrencia del daño el juez no podrá ni siquiera estudiar su tasación; pero habiendo certeza, el juzgador echará mano de todos los instrumentos que le otorga la ley para arribar a su tasación.

Como se desprende de lo anterior, el Tribunal debe analizar si de las pruebas allegadas por la parte convocada y de las obligaciones derivadas del contrato de concesión 447 del 2003 puede deducir la certeza del daño. Y en caso afirmativo, estará en el deber de tasarlo.

En la búsqueda de la certeza del daño el Tribunal retomará la actuación antijurídica y el incumplimiento imputables a Transmilenio, y los derechos correlativos de ETMA frente a la prueba pericial presentada por el convocante, pero solo en cuanto a la certeza buscada.

El Tribunal observa que el numeral 6.6 de la cláusula 6 del contrato denominada: *“Derechos del concesionario derivados de la concesión de la operación de alimentación del sistema”*, otorga al concesionario *“el derecho a recibir cualquier otra prestación económica que en su favor establezca el presente contrato”*.

Adicionalmente, el numeral 6.7 confiere a ETMA *“el derecho a disfrutar sin perturbación alguna, de los derechos que el contrato de concesión le confiere”*.

Y en su numeral 6.8 prescribe, a favor del concesionario, *“el derecho a obtener la colaboración tanto de Transmilenio S.A. como de los demás concesionarios y contratistas, para el adecuado desarrollo de la concesión”*.

Pasa ahora el Tribunal a indagar las opciones que a ETMA se le ofrecían en el contrato como destino de la flota de buses que revirtió a Transmilenio.

Sobre la base evidente de que ETMA era el propietario de los buses según la cláusula 16 y las tarjetas de propiedad, el contrato 447 trae estas disposiciones.

La cláusula 7.5 establece la obligación de ETMA de desintegrar físicamente los vehículos cuando cumplan la vida útil convencionalmente establecida en la concesión.

Por su parte, el párrafo segundo de la cláusula 34.5, como ya se dijo, prescribe que los buses con vida útil al terminar el contrato, esto es, el 17 de febrero del 2014, podían ser transados por el concesionario únicamente mediante venta de los mismos a otros alimentadores del Sistema Transmilenio de Bogotá que requirieran de tal flota para el desarrollo de su actividad.

De las cláusulas mencionadas se desprende que los buses con vida útil al terminar la concesión tienen un valor económico pues el propio Transmilenio reconoce que pueden ser transados por el concesionario mediante venta a otros alimentadores del Sistema Transmilenio. Pero más aún, el hecho de la reversión a favor de Transmilenio prueba por sí mismo el valor económico de la flota de buses.

Tan cierto es que la flota de Etma se iba a vender o a comercializar, que el propio Transmilenio no dudó en iniciar un procedimiento para obtener la reversión de la misma a pesar de que la cláusula correspondiente no existía en el contrato. En otras palabras, Transmilenio no habría solicitado la reversión si no existiera un interés comercial cierto en la flota.

En cuanto a la vida útil, el Tribunal encuentra que los buses objeto de reversión gozaban de tal característica puesto que Transmilenio solicitó la reversión para utilizarlos en el Sistema, cualquiera que fuera su destino, de donde se deduce un provecho económico. Y no era para desintegrarlos, pues torpe sería demandar una reversión para adelantar inmediatamente después una desintegración. La vida útil, además, está probada con el dictamen pericial de A&G, ya citado, en que manifestó que cada uno de los 107 buses objeto de reversión tenían vida útil y también por el avalúo solicitado por Transmilenio a la firma Servicios Técnicos Financieros Sertfin Ltda. (SERTFIN LTDA.), fechado en marzo del 2014 y que obra en el expediente<sup>98</sup>, donde expresamente manifiesta que para la fecha mencionada la flota de buses que el concesionario incorporó al Sistema al inicio del contrato en el año 2004 había utilizado el 75% de su vida útil; y la que se vinculó con ocasión del Otrosí No.9 en el 2010, el 25%.<sup>99</sup>

Del análisis de todo lo anterior, el Tribunal encuentra probada la certeza del daño pues, en síntesis, había unos derechos económicos para el concesionario de vender la flota de buses con vida útil a otro alimentador del Sistema y ETMA no pudo hacerlo por la reversión de dicha flota.

---

<sup>98</sup> Folio 431 y ss del cuaderno de Pruebas No. 1

<sup>99</sup> Folio 161v del cuaderno de Pruebas No. 1

### 3.3.4. La cuantificación del daño

Que haya certeza sobre el daño no significa que haya condena pecuniaria contra Transmilenio. Es necesario ahora examinar la prueba de su tasación.

Las piezas probatorias centrales son: el dictamen elaborado por la firma A&G a solicitud del convocante y el avalúo presentado como prueba documental en la reforma de la demanda (folio 567 del cuaderno principal No. 1 del expediente)<sup>100</sup>. Sobre este último, el convocado en su contestación manifestó al Tribunal que se tuvieran en cuenta todas las pruebas allegadas al expediente.

El Tribunal analizará por separado los dos y al final hará la evaluación de conjunto correspondiente:

- **El dictamen de la firma A&G aportado por la convocante**

Desde el punto de vista meramente procesal el dictamen fue oportuna y regularmente allegado al proceso. Transmilenio S.A., a su turno, ejerció su derecho para interrogar al perito en audiencia en la que participó ETMA como convocante.

Desde el punto de vista de los requisitos formales, el Tribunal encuentra que se cumplió con el relativo a su identificación, a la dirección para su localización, a la prueba de su idoneidad, a la lista de casos en que ha participado, al hecho de que no ha sido designado en procesos anteriores por la misma parte o por el mismo apoderado, al hecho de no estar incurso en las causales del artículo 50 del Código General del Proceso en lo pertinente, a la declaración de los métodos utilizados y si los usa en otros casos y, finalmente, al acompañamiento de los documentos correspondientes. Estos son los requisitos exigidos por el artículo 226 del CGP.

---

<sup>100</sup> El dictamen se encuentra en el cuaderno No. 7 de pruebas del expediente folios 1 a 425

Desde el punto de vista material, el perito presenta un avalúo de la flota de 107 buses que fueron revertidos. Acoge un método de depreciación lineal que consiste básicamente en hallar el valor a nuevo de la flota o valor de reposición a partir de consulta en concesionarios de vehículos iguales o mediante la actualización a valor presente de las facturas de compra de la propia flota. De esta manera, encontró un valor para cada bus y a partir de allí, deduce el valor de la depreciación sobre la base de que cada bus tiene una vida útil de 900.000 kilómetros. Finalmente, establece el valor definitivo dependiendo de la vida útil que tenga.

El perito analizó los siguientes doce factores de valuación de los vehículos:

*“Factores de Valuación*

*Para determinar el valor comercial de los vehículos se tomaron en cuenta los siguientes factores:*

- *Estado de conservación y funcionamiento en el momento de la visita*
- *Mantenimiento*
- *Marca, año de fabricación y especificaciones del equipo*
- *Vida útil remanente (Rem)*
- *Depreciación del equipo por el sistema de línea recta*
- *Investigación de la comercialización de este tipo de equipos de segunda. A nivel nacional la comercialización de estos vehículos es muy bajo*
- *Información de los representantes y concesionarios de este tipo de activos*
- *Información de nuestro banco de datos*
- *Los valores de reposición fueron obtenidos por medio de proveedores, Mercedes Benz – (4236700) y Carrocerías Superpolo – Freddy López 8776969 – cel 3104868381.*



- *El valor del salvamento se tuvo en cuenta para calcular el valor comercial de los vehículos.*
- *El hecho de que algunos vehículos cuentan con plataformas elevadores, para el acceso de usuarios en silla de ruedas. Este dispositivo tiene un valor de reposición de US 8.300*
- *Buses con plataforma: 5031,5033,5035,5040,5042,5046, 5048,5061,5066,5067”<sup>101</sup>*

Respecto del factor de comercialización, se desprende del dictamen y de las respuestas del perito, que dichos vehículos no son fáciles de vender y que no existe un mercado en que se pueda comparar, por ejemplo, su avalúo con el precio de tal mercado.

El apoderado de la parte convocada le endilga al dictamen de A&G, para descalificarlo, que el perito no conoce el objeto del litigio por no distinguir, según afirma, entre las diferentes tipologías del transporte, esto es entre buses destinados al servicio colectivo y los vinculados para el transporte masivo urbano de pasajeros.

En realidad, no parece relevante la observación pues el dictamen se refiere exclusivamente a buses que se han de utilizar en el mismo Sistema, como lo permite el contrato de concesión como única opción, según la cláusula 34.

Dice el apoderado de Transmilenio que tan solo hubo una labor teórica más no empírica lo que lleva a decir que no inspeccionó los buses. El perito manifestó que estuvo en las estaciones y portales, además de los talleres, y que los vio rodando y en funcionamiento y agregó que comprobó el kilometraje y los mantenimientos y halló evidencia de su rodamiento individual, tal como lo consignó en sus respuestas al interrogatorio. Así por ejemplo en el folio 302 del cuaderno de pruebas No. 8 el

---

<sup>101</sup> Folio 00066 del Cuaderno de Pruebas No. 7 del Expediente

perito al ser indagado por el apoderado de la convocada en relación con las verificaciones efectuadas contestó:

*“DR. GIL: Algunos buses estaban en un taller, algunos estaban en el terminal de las Américas si sumo los algunos (sic) de una parte y los algunos de otra parte, usted verificó cuántos buses aproximadamente?*

*SR. ACHURY: Todos”*

Agrega Transmilenio que el perito no utilizó una metodología rigurosa pero para el Tribunal basta que aquella sea reconocida como método de avalúo. La depreciación lineal es aceptada por las normas internacionales de contabilidad, NIIF y es reconocida, por ende, en el mundo entero.

Por último, critica la convocada el no uso del factor de comercialización para establecer el avalúo. Sin embargo, es un factor frente a doce que sí fueron utilizados y, más que una omisión del perito, es el resultado de que, en su concepto, no hay un mercado activo o considerable del usado de ese tipo de vehículos.

Al respecto, en la audiencia de interrogatorio el perito manifestó lo siguiente:

*“SR. ACHURY: No, plena comercialización no porque plena comercialización hubiera colocado yo los 20 años y el estado libre, entonces se hubiera subido mucho más, yo lo que hago es, hasta dónde yo puedo dar una razón seria es hasta acá, porque aquí no sé, yo le digo, vea señor ese bus vale eso, el valor comercial es ese, en eso lo tiene que vender usted, es el valor mínimo de venta, ahí entrará su habilidad para vender y comprar, ahí entra la habilidad del comprador y el vendedor de cómo cierran el negocio, yo no puedo entrar a definir eso, yo les digo, esto es el valor mínimo de venta, si usted compra y usted vende, miren a ver cómo cierran el negocio porque yo le puedo decir hasta acá.*

*DR. GIL: Pero ya nos dijo que no las tuvo en cuenta, pero le verificó cuáles eran las limitantes de comercialización o no?*

*SR. ACHURY: Sí.*<sup>102</sup>

El Tribunal encuentra que la restricción a la comercialización no es una razón suficiente para desechar el dictamen. De hacerlo, se construiría la tesis, insostenible, de que las cosas con mercado limitado por la restricción de actores, carecen de valor.

De lo dicho en este aspecto que se revisa, se puede entonces concluir que los vehículos sí tienen valor comercial pero su venta estaba restringida o limitada, lo cual podía hacer que no se produjera de manera inmediata.

- **Avalúo de Vehículos aportado por Etma como prueba documental.**

Este avalúo fue solicitado a instancias de Transmilenio S.A. por Jardine Lloyd Thompson y Valencia Irragorri Corredores de Seguros S.A. a Serfin Ltda y está fechado en marzo de 2014<sup>103</sup>.

El avalúo tuvo por objeto determinar el valor comercial de los buses que conforman la flota de alimentadores del sistema Transmilenio operados por ETMA y utilizó como método el concepto de la depreciación, el factor de devaluación y la tendencia de costos. El evaluador constató el mantenimiento que se le había hecho a los vehículos teniendo en cuenta las recomendaciones específicas del fabricante.

---

<sup>102</sup> Folio 297 a 307 del Cuaderno de Pruebas No. 8 del expediente.

<sup>103</sup> Ver folio 431 a 436 del cuaderno de Pruebas No. 1 del expediente.

En otro punto dedicado a la descripción del método utilizado, el evaluador adoptó la teoría del desgaste y envejecimiento de los equipos, la teoría económica en lo relativo a la inflación y devaluación y la teoría del envejecimiento de máquinas. En cuanto a la vida útil, tuvo en cuenta el tipo de activo, la clase de construcción, el tipo de trabajo y su intensidad, el mantenimiento recibido, los factores económicos, el estado actual, las perspectivas de trabajo, la obsolescencia técnica, las innovaciones tecnológicas y el ambiente de trabajo; lo anterior lo complementó con información estadística en periodos representativos, hecha por varias organizaciones mundiales.

Respecto del cálculo de factores, echó mano de información del Instituto Brasileiro de Avalúos y Peritazgos de Ingeniería, de Munchener Ru (sic), de Factory Mutual Marschall Valuation Service, del DANE y del Banco de la República, a partir de los cuales obtuvo el valor actual de depreciación (F.D.) y el factor de realización (F.R.). En este punto, destaca el Tribunal que el avalúo tuvo en cuenta el valor comercial del equipo dentro de la fórmula, así:

V.C. (Valor Comercial) = V.R. (Valor de Reposición Equipo) \* F.D. (Factor de Depreciación) \* F.R. (Factor de Realización).

El evaluador hizo algunas consideraciones, entre las cuales, en primer lugar, tomó en cuenta el valor de reposición con base en información de las aseguradoras y valores internacionales de vehículos similares. En segundo lugar, constató que los vehículos estaban en buenas condiciones de conservación; en tercer lugar, señaló que el país cuenta con representantes de las marcas Mercedes Benz y Busscar y en cuarto lugar, indicó que la vida útil de los vehículos de servicio público en Colombia es de 20 años, pero que para el caso tuvo en cuenta 1.000.000 de kilómetros para concluir allí que la flota del año 2004 había cumplido su vida útil a un 75% y la del 2010, a un 25%.

Finalmente, del cálculo de factores, estableció el valor total comercial de la flota de 107 buses de ETMA en \$13.610.206.600.

- **Evaluación en conjunto del dictamen y del avalúo**

Visto en conjunto el dictamen y el avalúo, el Tribunal encuentra lo siguiente:

- En el dictamen de parte rendido por A&G el perito manifestó que no tuvo en cuenta el factor comercial, pero no por omisión, sino por el hecho de que no existe un mercado de ese tipo de buses, o al menos no el movimiento necesario para poder afirmar que existe tal mercado.
- Por su parte, en el avalúo, Sertfin Ltda tuvo en cuenta el factor de realización (FR), enunciado como el *“grado de comerciabilidad de una mercancía, evaluando la potencial demanda, teniendo en cuenta los factores del mercado en donde podría dirigirse la oferta, la magnitud de la transacción involucrada, el nivel de especialización o tecnología, la obsolescencia tecnológica y, desde luego, la situación y perspectivas financieras y económicas del país”*.
- Tanto el dictamen pericial aportado por la demandante como el avalúo solicitado por Transmilenio S.A. llegaron a valores cercanos: en efecto, mientras el primero estableció un valor de \$12.366.182.632, el segundo determinó un valor comercial de \$13.610.206.600. Para el Tribunal, el dictamen de parte y el avalúo aportado al proceso como prueba documental, son razonables en cuanto al valor, pues a pesar de emplear diversas metodologías uno y otro llegaron a guarismos muy cercanos, lo cual descarta que, , por el contrario, tanto el dictamen como el avalúo carezcan de objetividad.
- Existe también una proximidad en el tiempo, pues el dictamen está fechado en febrero de 2014 y el avalúo en marzo de 2014. Esto muestra que los dos

encargados de los trabajos examinaron los mismos buses, desde luego, pero sobretodo, en un mismo tiempo, para descartar cambios notables en la flota entre uno y otro trabajo.

- Por último, en el Acta de Liquidación Final del Contrato de Concesión No. 447 de 2003 celebrado entre Transmilenio S.A. y Etma S.A. y fechada el 22 de agosto del 2014, las partes concluyeron:

*“Se deja constancia que los vehículos fueron entregados el 8 de marzo de 2014 y que a dichos vehículos les fue realizado avalúo por la firma SERTFIN LTDA, inscrita en el Registro Nacional de Avaluadores de la Superintendencia de Industria y Comercio bajo el número 12040979.”*

Más adelante, las partes hicieron salvedades: ETMA , en lo relativo a la ilegalidad de la reversión y Transmilenio S.A., por su parte, en lo que tiene que ver con la documentación y certificados de propiedad de la flota.

Para el Tribunal, la ausencia de salvedades en materia del avalúo comercial y el hecho de la constancia transcrita en el sentido del avalúo practicado por Sertfin Ltda, lo lleva a reafirmar en este aspecto, su convicción de que las partes entendieron que el valor comercial de la flota ascendía, en la época, a la suma de \$13.610.206.600, sin perjuicio del monto que en el presente caso ha formulado el convocante, con base en el dictamen pericial aportado, y que será objeto de estudio en capítulo posterior si se llega a demostrar, como a continuación pasa a analizarse, la existencia de un nexo de causalidad entre el daño y la actuación antijurídica de la convocada.

### 3.3.5. La causalidad entre el incumplimiento de Transmilenio y el daño

Conviene finalmente estudiar en este acápite el tercer elemento de la responsabilidad, esto es, la existencia de un nexo de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta desplegada por el agente, máxime cuando en este caso, la demandada ha invocado como fundamento de su defensa la “CULPA EXCLUSIVA DE ETMA S.A.” y la “EXPOSICIÓN IMPRUDENTE AL DAÑO”.

Sostiene en la contestación a la reforma de la demanda el apoderado de la convocada que la actora *“sin mediar acto administrativo alguno decidió revertir la flota y ello constituye de no ser procedente la reversión un acto propio y una culpa exclusiva de la sociedad, que excluye la responsabilidad contractual de TRANSMILENIO S.A. (...)”*. Agrega también en otro medio defensivo que la causa del daño fue un acto propio de la convocante que se expuso *“imprudentemente al daño”*.

Para resolver la controversia en este punto, el Tribunal considera necesario precisar que en materia de causalidad debe analizarse cuál es el hecho generador del daño, esto es, cuál es aquella actuación u omisión que inicia la cadena de causas que finalmente termina generando el detrimento, y para poder establecer su eficacia en la producción del perjuicio, basta con retirarlo de la cadena causal y observar si con ello, el daño igualmente se hubiera producido.

Evidentemente en este caso, la entrega de los buses a Transmilenio se realizó de manera consciente por la convocante, pero lo que no puede discutirse es que esa actuación no se ubica en el inicio de la cadena de eventos que terminaron con la entrega de los vehículos (el daño para la actora) sino que la misma estuvo precedida por el requerimiento de Transmilenio, contenido en la comunicación de 28 de enero de 2014, conforme a la cual se disponía dar inicio a la etapa de reversión.

En efecto en la comunicación de 28 de enero de 2014 dirigida por el señor Andrés Forero Linares, Subgerente General de Transmilenio a Raúl Segura, representante legal de ETMA,<sup>104</sup> la convocada señaló que, dada la proximidad con la fecha de finalización del contrato, debía darse inicio a las gestiones tendientes a su terminación y liquidación por lo cual se procedería a “*dar trámite a la etapa de reversión*” para lo cual se informaba al concesionario que “*los bienes afectos a la concesión del contrato 447 de 2003, pasarán a TRANSMILENIO una vez finalice el Contrato de Concesión*”.

Frente a esa solicitud, y a las posteriores que celebraron las partes para discutir el tema, también aparece acreditado en el expediente la oposición de la actora a la reversión, en los siguientes documentos:

- En la comunicación de 10 de febrero de 2014 remitida por Transmilenio a la convocante se señala por ejemplo que “*Teniendo en cuenta lo tratado en las diferentes reuniones que se han llevado a cabo con los directivos de ETMA S.A. en la cual ustedes manifiestan no estar de acuerdo con la posición de TRANSMILENIO S.A. en relación con la reversión en la concesión 447 de 2003 (...)*” Folio 142 del cuaderno de pruebas número 1.
- En el acta de liquidación en la cual, además de la salvedad se registró que “*El CONCESIONARIO a pesar de no estar de acuerdo con la reversión, hizo entrega física de ciento siete (107) vehículos que se relacionan en el siguiente cuadro (...)*” Folios 201 vuelto y 414 vuelto del cuaderno de pruebas número 1.
- En la comunicación de 3 de marzo de 2014 dirigida por ETMA a Transmilenio en la cual se indica que aquella “*no estuvo de acuerdo con la decisión de Transmilenio S.A. y así lo expresó en su oportunidad y repetidamente a sus funcionarios y que, en todo caso, en esta oportunidad se reitera a ustedes*

---

<sup>104</sup> Ver folios 137 a 141 y 276 A 278 del cuaderno de pruebas número 1



*una vez más que ETMA S.A. se aparta en todo y por todo de los argumentos en los que Transmilenio S.A. se sustenta para dar trámite a una inexistente etapa de reversión y ordenar el paso de los bienes que estuvieron afectos a la concesión” Folios 213 y 279 del cuaderno de pruebas número 1.*

De esta forma, la cadena de causalidad que condujo a la producción del daño reclamado, no tiene como causa primera y única la decisión ETMA ni mucho menos su deseo de exponerse a sufrir un perjuicio, sino que la misma se inicia con la instrucción de reversión proferida por Transmilenio en la mencionada comunicación, la cual constituye causa de la actuación de entrega de los bienes y por ende como causa eficiente del perjuicio.

Si se aplica el análisis de la causalidad en los términos anteriormente planteados, bastaría con preguntarse si de no existir la instrucción de reversión, los buses igualmente se hubieran entregado, y la respuesta evidentemente es que no, pues como quedó analizado en otro aparte de esta providencia y en varias de las comunicaciones obrantes en el expediente, el Concesionario desde el comienzo del contrato, tenía el pleno convencimiento de que los vehículos quedarían en su patrimonio a la finalización de la concesión. En esos términos, no puede ser de recibo el argumento consistente en que no existe nexo causal entre el incumplimiento de Transmilenio y la generación del daño, pues lo cierto es que sin la comunicación que ordenaba la reversión y las demás actuaciones que le siguieron, la demandante no hubiera entregado, voluntaria y espontáneamente los buses, esto es, el daño no tendría como causa una conducta atribuible a ella.

De lo anteriormente expuesto es claro que el daño que reclama la demandante es imputable exclusivamente a Transmilenio y por lo tanto no habrán de prosperar las excepciones denominadas “HECHO PROPIO”, “CULPA EXCLUSIVA DE ETMA S.A.” Y LA “EXPOSICIÓN IMPRUDENTE AL DAÑO”, y el Tribunal encuentra

acreditados de ésta forma la totalidad de los elementos constitutivos de responsabilidad.

#### **4. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES SEXTA Y SÉPTIMA DE LA REFORMA DEMANDA – LIQUIDACIÓN**

Queda por determinar, entonces, el valor del perjuicio y la consecuente indemnización, para lo cual caben estas consideraciones:

En primer lugar, tratándose de un derecho disponible, el propio convocante, a pesar de haber aceptado en el acta de liquidación un mayor valor, correspondiente a aquel establecido por Sertfin Ltda, ha planteado su pretensión sobre el menor valor de \$12.366.182.632, cifra ésta ratificada en el juramento estimatorio y sustentada en el dictamen de parte realizado por A&G.

El Tribunal ha reconocido que el dictamen de A&G es razonable puesto que fue debidamente soportado. También, porque reunió los requisitos formales que exige la ley para un dictamen y por ello habrá de acoger, para efectos de prueba de la cuantificación del daño, la suma contenida en él a título de conclusión.

Las objeciones al dictamen presentadas por Transmilenio S.A. serán descartadas por las razones presentadas atrás.

Así las cosas, el Tribunal encuentra que no hay lugar a acceder a la prosperidad de la excepción denominada “IMPROCEDENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR POR MANDATO JUDICIAL” y en la parte resolutive condenará a Transmilenio a pagar la suma de \$12.366.182.632, accediéndose de esta forma a lo solicitado en la pretensión séptima de la reforma de la demanda.

## **5. ESTUDIO DE LA PRETENSIÓN OCTAVA PRINCIPAL DE LA REFORMA DE LA DEMANDA Y SUS SUBSIDIARIAS**

En la pretensión octava principal de la reforma de la demanda y en sus subsidiarias, la parte convocante solicita (i) el pago de intereses corrientes, (ii) el pago de corrección monetaria, más interés legal del 6% anual, (iii) la actualización de la condena más los intereses que el Tribunal considere pertinentes o (iv) el pago de la actualización de la condena.

El Tribunal, con base en las consideraciones precedentes de este laudo, estima que existe la certeza de un daño causado a la convocante, pero que tal daño no se configuró para la época de la entrega de los buses del convocante a Transmilenio. Esta aseveración tendrá efectos sobre la pretensión en materia de intereses y actualización.

En efecto, en la medida en que respecto de la comercialización de los buses el perito de parte reconoció la existencia de un mercado reducido y que, adicionalmente, de conformidad con las estipulaciones contractuales el derecho de comercialización del convocante contaba con algunas limitaciones como lo menciona Transmilenio S.A. en su alegato final, sin mencionar las limitantes jurídicas que se presentaron respecto de algunos de los buses, no podría considerarse que al momento de la entrega la parte convocante hubiera podido comercializar de manera inmediata la totalidad de la flota.

Constituyen todas estas circunstancias un grupo de factores que no puede pasar por alto el Tribunal al momento de resolver el conjunto de pretensiones que aquí se analiza. Ciertamente, resulta improcedente acceder al pago de intereses de cualquier tipo atendiendo a la improbable venta inmediata de los buses en la época de la entrega y a que la misma se pudiera realizar en una sola operación.

En esa medida, tampoco habría lugar a acceder a la actualización solicitada en las pretensiones subsidiarias, por cuanto al ser ella una forma de compensación de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, mal podría actualizarse una cifra respecto de la cual se ha reconocido la poca probabilidad de obtención para esa época. De esta manera, si bien el Tribunal tiene la certeza de la comercialización de la flota por parte de ETMA, también la tiene de que ello no hubiera ocurrido al momento de la entrega de los buses a Transmilenio S.A.

Corolario de lo anterior, no habrá lugar a acceder a la prosperidad de la pretensión octava principal de la reforma de la demanda, ni de sus subsidiarias.

## **6. ESTUDIO DE LA REFORMA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE ELLA**

### **6.1. LAS SALVEDADES CONSIGNADAS POR TRANSMILENIO EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN**

Teniendo en cuenta que la demandada en reconvención formuló la excepción que denominó "AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN / COSA JUZGADA / TRANSACCIÓN", que de prosperar enervaría las pretensiones de la reconvención, procederá el Tribunal en primer lugar a hacer un análisis sobre las salvedades contenidas en el acta de liquidación bilateral del contrato a fin de determinar si en efecto el contenido de las pretensiones de la demanda de reconvención quedó cobijado por ellas, o si por el contrario el mismo no fue objeto de ninguna reserva en el mencionado acto de liquidación con lo cual, en aplicación de lo reiterado por el Consejo de Estado, no habría lugar a abordar su estudio por ser un tema que quedó por fuera del conocimiento del Juez del contrato.

Recordemos que la liquidación es el acto mediante el cual, una vez concluido el contrato, las partes revisan en qué medida y de qué manera cumplieron con sus

obligaciones recíprocas, con la finalidad de establecer si se encuentran o no a paz y salvo.

En palabras del Consejo de Estado:

*“(...) si alguna de las partes presenta reparos en la liquidación por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe dejar de manera expresa las salvedades correspondientes, con el fin de poder acudir ante el organismo jurisdiccional y reclamar aquello que precisamente fue el motivo de inconformidad, pues de lo contrario no podría pretender nada judicialmente.(...). Así las cosas, las salvedades genéricas que se dejen en el acta de liquidación bilateral, esto es aquellas que no dan cuenta de lo que se pretende ni de las razones o motivos que conducen a la reclamación, jamás legitimaran al inconforme para concurrir ante la jurisdicción a pretender lo que en el acta de liquidación no salvó de manera clara, concreta y específica (...). Así las cosas, como quiera que la salvedad consignada por el contratista en el acta de liquidación bilateral no es clara, concreta ni específica, sus pretensiones en lo que a este negocio jurídico se refiere, no están llamadas a prosperar”<sup>105</sup>*

*“(...) la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, con fundamento en las siguientes razones:*

---

<sup>105</sup> CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 13 de abril de 2016, expediente 36373.

*“La primera se sustenta en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable a los contratos celebrados por la Administración Pública, según el cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” No puede perderse de vista que el acta de liquidación bilateral comparte la misma naturaleza del contrato, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado produce las consecuencias a que se refiere el artículo citado; desde este punto de vista, cuando no se deja en el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad, al tiempo que su adopción comporta una liberación, una declaración de paz y salvo, recíproca entre las partes.*

*“La segunda se funda en el ‘principio de la buena fe’, el cual inspira, a su vez, la denominada ‘teoría de los actos propios’, cuyo valor normativo no se pone en duda, pues se funda, en primer lugar, en el artículo 83 de la CP, según el cual ‘las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas’, y, en forma específica, en materia contractual, en los artículos 1603 del Código Civil, según el cual ‘los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella’ y 871 del Código de Comercio que en idéntico sentido dispone que ‘los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a*

*lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural”<sup>106</sup>*

*De esta forma, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en señalar que una vez liquidado el contrato de mutuo acuerdo, “dado su carácter bilateral tal acto no es susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o a menos que dicha liquidación se haya suscrito con salvedades o reparos por alguna de ellas en el momento de la su firma”.*

La parte convocada en la reforma a la demanda de reconvención, solicita en síntesis, de manera principal, que se declare que la cláusula de reversión hace parte del contrato y que la demandada en reconvención incumplió su obligación de revertir al entregar algunos buses con gravámenes o irregularidades que impidieron sus traspasos, por lo cual debe proceder a efectuar la tradición de los mismos.

Subsidiariamente solicita que se declare que la remuneración recibida por ETMA incluía el pago de la flota y que al no pactarse la reversión de los bienes se desequilibró el contrato por lo cual la demandada en reconvención está en la obligación de pagar a Transmilenio la suma que ésta última le pagó por la flota de buses más los intereses moratorios.

Reposa a folios 178 a 208 del cuaderno de pruebas número 1, el acta de liquidación del contrato, en cuyo acápite 3.12 Transmilenio S.A. dejó registradas las siguientes salvedades:

---

<sup>106</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 29 de octubre de 2014, expediente 28203.

*"Se hace la salvedad que el operador ETMA hizo entrega física y en calidad de reversión, de ciento siete (107) vehículos el día 8 de marzo de 2014 (18) días después de finalizado el contrato de concesión y que a dichos vehículos les fue realizado avalúo por la firma SERTFIN LTDA. inscrita en el Registro Nacional de Avaluadores de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el no. 02040979; sin embargo a la a la (sic) fecha no ha sido posible perfeccionar la tradición del domino de la totalidad de los buses.*

*"Ahora bien, existen algunas de estos vehículos que presentan limitaciones a la propiedad, que restringen su destinación o presentan deudas por comparendos que no permiten realizar la transferencia de la propiedad siendo circunstancias que impiden legalizar los traspasos que finalmente permiten legalizar la tradición de los automotores.*

*"En ese orden de ideas, y dado que la tradición del dominio requiere además de su entrega física, la inscripción en el organismo de Tránsito correspondiente, tal como está previsto en el artículo 740 del Código Civil y ss. concordante con el artículo 47 del Código Nacional de Tránsito, se hace expresa salvedad que no se ha perfeccionado la titularidad de la totalidad de estos vehículos a favor de TRANSMILENIO S.A.*

*"Por lo antes indicado, TRANSMILENIO S.A. podría verse afectado económicamente ya que al no acreditar la titularidad de dichos vehículos, no tiene la facultad de disponer de ellos y en tal sentido la Entidad se encuentra impedida para ponerlos a disposición del Sistema, viéndose en la obligación de*



*mantenerlos inutilizados. Por otro lado, estos vehículos quedan expuestos a que los afecte cualquier medida cautelar dirigida al propietario actual de los mismos, factores que de igual manera afectarían gravemente a TRANSMILENIO S.A.*

*“A continuación se relacionan algunos de los vehículos que presentan limitaciones a la propiedad y comparendos que fueron identificados por el operador, así:*

*/.../*

*“Finalmente, se deja constancia que TRANSMILENIO S.A. le solicitó a ETMA, los certificados de tradición de los demás vehículos ya que al intentar legalizar la tradición de los mismos, se encontraron otros vehículos diferentes a los señalados por el operador, que también presentan limitación a la propiedad, sin que a la fecha ETMA hubiese allegado dichos documentos. Por tanto, las partes no se declaran a paz y salvo en relación con las salvedades hechas por ETMA y por TRANSMILENIO S.A. en la presente acta, de los cuales se hizo expresa mención anteriormente (...)”<sup>107</sup>*

Observa el Tribunal que las salvedades registradas por la reconviniendo se limitaron a la discusión sobre la obligación de ETMA de efectuar la tradición de todos aquellos vehículos que por alguna razón jurídica no podían ser objeto de transferencia de la propiedad. Esas reservas, cotejadas con el contenido de las pretensiones principales de la reconvención, permiten establecer que no existe entre las partes acuerdo sobre este asunto por lo cual la excepción en relación con

---

<sup>107</sup> Folios 207 y 208 del cuaderno de pruebas número 1

ellas no está llamada a prosperar, y corresponderá en consecuencia al Tribunal abordar el estudio de ese grupo de solicitudes. No sucede lo mismo con las pretensiones subsidiarias en relación con las cuales no se dejó ningún tipo de reserva en el acta de liquidación, por lo cual, en caso de no prosperidad de las pretensiones principales y de tener que abordar el estudio de las pretensiones subsidiarias, desde ya tiene que anticipar el Tribunal que en relación con ellas se encontraría probada la excepción denominada “AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN / COSA JUZGADA / TRANSACCIÓN”.

El fundamento de la totalidad de las pretensiones principales de la reforma a la demanda de reconvención, lo constituye la existencia y la validez de la reversión de los bienes utilizados para el desarrollo de la concesión, lo cual como quedó analizado en extenso en capítulo precedente de esta providencia, no tenía lugar en este caso. Tratándose pues de un tema que ya fue objeto de estudio, no considera necesario el Tribunal reiterar en este punto todo el análisis efectuado en torno a la reversión en este contrato, y basta simplemente para concluir que en la medida en que ya fue decidido que esa figura no resultaba procedente, las pretensiones principales de la demanda de reconvención no están llamadas a prosperar, encontrándose probada la excepción denominada “INEXISTENCIA TOTAL DE LA OBLIGACIÓN DE REVERSIÓN”.

En lo que se refiere a las pretensiones subsidiarias las cuales reposan sobre un supuesto pago de los buses, efectuado por Transmilenio, el Tribunal, como ya lo mencionó, advierte que el tema no fue objeto de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato y por lo tanto no hay lugar a efectuar su análisis, toda vez que la excepción relativa a falta de salvedad al respecto se encuentra probada y así habrá de declararse.

## VIII. COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda arbitral presentada por ETMA S.A. prosperaron parcialmente, en los términos del numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, el Tribunal se abstendrá de proferir condena en costas.

No obstante lo anterior, y en la medida en que la parte convocada no haya reembolsado a la actora el 50% del total de gastos y honorarios que ésta en su momento pagó por aquella, Transmilenio S.A. deberá reembolsar ese valor más los correspondientes intereses moratorios contabilizados desde la fecha del vencimiento del plazo para consignar, esto es el 16 de junio de 2015, conforme a la siguiente liquidación:

DEMANDANTE	EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. – ETMA				
DEMANDADO	EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.				
CAPITAL	\$ 1.122.726.317,00				
Fecha	IBC	TASA DE INTERÉS DIARIA	DÍAS	TASA DE INTERES MORATORIO	INTERES MORATORIO
16 de junio a 30 de junio de 2015	0,2054	0,000519055391	15	0,000778583	\$ 13.112.035,81
Jul-16	0,2134	0,000537439748	31	0,000806160	\$ 28.057.995,34
Ago-16	0,2134	0,000537439748	31	0,000806160	\$ 28.057.995,34
Sept-16	0,2134	0,000537439748	30	0,000806160	\$ 27.152.898,71
Oct-16	0,2199	0,000552188256	31	0,000828432	\$ 28.833.187,99
Nov-16	0,2199	0,000552188256	30	0,000828432	\$ 27.903.085,16
Dic-16	0,2199	0,000552188256	31	0,000828432	\$ 28.833.187,99
Ene-17	0,2234	0,000560250959	31	0,000840376	\$ 29.248.895,07
Feb-17	0,2234	0,000560250959	28	0,000840376	\$ 26.418.356,84
1 de marzo a 29 de marzo de 2017	0,2054	0,000519055391	29	0,000778583	\$ 25.349.935,90
<b>TOTAL</b>	<b>\$262.967.574,14</b>				

Así, en caso de que esa cifra no se haya reembolsado, deberá la convocada pagar a la actora, un valor total de \$1.385.693.891,14 que corresponde a capital e intereses.

## IX. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para resolver las diferencias surgidas entre **EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. – ETMA S.A.** como convocante y la **EMPRESA DE**

**TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, como convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de ley, y en cumplimiento de la misión encomendada por los compromitentes para tal fin,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** Declarar no probadas las excepciones formuladas por la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**

**SEGUNDO:** Declarar que no existió ni existe obligación a cargo de la **EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. – ETMA S.A.** y a favor de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, de revertir a la terminación del Contrato de Concesión No. 447 de 2003, la flota de 107 vehículos automotores de propiedad de la convocada.

**TERCERO:** Declarar que bajo el Contrato de Concesión No. 447 de 2003 no era procedente la reversión de la flota existente al momento de su terminación.

**CUARTO:** Declarar que la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** incumplió el Contrato de Concesión al instruir a la **EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. – ETMA S.A.** a que revirtiera la flota existente al momento de terminar el Contrato de Concesión No. 447 de 2003.

**QUINTO:** Declarar que la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, al haberse hecho propietaria de la flota de la convocante, incurrió en una actuación antijurídica que le causó perjuicios patrimoniales antijurídicos a la **EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. – ETMA S.A.**, de conformidad con lo solicitado en las pretensiones cuarta y quinta de la reforma de demanda.

**SEXTO:** Condenar a la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** a pagar a la **EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. – ETMA S.A.** la suma de **DOCE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$12.366.182.632)**, a título de daño emergente.

**SÉPTIMO:** Condenar a la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** a pagar intereses de mora sobre la suma de que trata el numeral anterior, desde la fecha del laudo y hasta su pago efectivo.

**OCTAVO:** Negar las demás pretensiones de la reforma a la demanda principal.

**NOVENO:** Declarar probadas las excepciones denominadas "AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN / COSA JUZGADA / TRANSACCIÓN", e "INEXISTENCIA TOTAL DE LA OBLIGACIÓN DE REVERSIÓN", formuladas respecto de la demanda de reconvención.


**DÉCIMO:** Negar las pretensiones de la reforma a la demanda de reconvención.

**UNDÉCIMO:** Abstenerse de proferir condena en costas.


**DUODÉCIMO:** En caso de no haberse hecho el reembolso del 50% de las sumas pagadas por la convocante a título de gastos y honorarios del Tribunal, condenar a la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** a pagar a la **EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO ALIMENTADOR S.A. – ETMA S.A.** la suma de **MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES, SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS CON CATORCE CENTAVOS (\$1.385.693.891,14)**

**DECIMOTERCERO:** Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia queda notificada en estrados.

  
**ANTONIO PABÓN SANTANDER**  
Presidente

  
**CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ**  
Árbitro

  
**ANTONIO ALJURE SALAME**  
Árbitro

  
**LAURA MARCELA RUEDA ORDOÑEZ**  
Secretaria

## **ÍNDICE**

<b>I. ANTECEDENTES .....</b>	<b>2</b>
1. EL CONTRATO.....	2
2. EL PACTO ARBITRAL .....	2
<b>3. PARTES PROCESALES .....</b>	<b>4</b>
3.1. PARTE DEMANDANTE PRINCIPAL Y DEMANDADA EN RECONVENCIÓN....	4
3.2. PARTE DEMANDADA PRINCIPAL Y DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN....	4
<b>4. ETAPA INICIAL .....</b>	<b>4</b>
<b>II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE .....</b>	<b>11</b>
1. LOS HECHOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA PRINCIPAL .....	11
2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE PRINCIPAL .....	16
3. LA OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA FRENTE A LA DEMANDA PRINCIPAL .....	25
4. LOS HECHOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN .....	26
5. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN .....	32
6. LA OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA EN RECONVENCIÓN .....	36
<b>III. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO .....</b>	<b>37</b>
<b>IV. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LAS PARTES .....</b>	<b>42</b>
<b>V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO .....</b>	<b>42</b>
<b>VI. TÉRMINO PARA FALLAR .....</b>	<b>44</b>
<b>VII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....</b>	<b>45</b>
1. LA EXCEPCIÓN DE INEPTITUD DE LA DEMANDA .....	45
2. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA DE LA DEMANDA Y DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE ELLAS .....	47

2.1.	EL LITIGIO.....	47
2.2.	NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO NO. 447 DE 2003 Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE .....	50
2.3.	LA REVERSIÓN .....	56
2.4.	LA REVERSIÓN COMO ELEMENTO DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE EXPLOTACIÓN DE BIENES ESTATALES .....	64
2.5.	LA REVERSIÓN Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE PÚBLICO TERRESTRE AUTOMOTOR URBANO MASIVO DE PASAJEROS NO. 447 DE 2003.....	81
3.	ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES TERCERA, CUARTA Y QUINTA DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE ELLAS.....	85
3.1.	EL ALEGADO DAÑO ANTIJURÍDICO .....	87
3.2.	EL ALEGADO INCUMPLIMIENTO.....	91
3.3.	LA DEMOSTRACIÓN DE LOS DAÑOS RECLAMADOS.....	97
4.	ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES SEXTA Y SÉPTIMA DE LA REFORMA DEMANDA – LIQUIDACIÓN .....	114
5.	ESTUDIO DE LA PRETENSIÓN OCTAVA PRINCIPAL DE LA REFORMA DE LA DEMANDA Y SUS SUBSIDIARIAS.....	115
6.	ESTUDIO DE LA REFORMA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE ELLA.....	116
6.1.	LAS SALVEDADES CONSIGNADAS POR TRANSMILENIO EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN .....	116
VIII.	COSTAS.....	123
IX.	PORTE RESOLUTIVA .....	123